Vollmachtslose Stellvertretung und Genehmigung, nach römischem Recht und nach Bürgerlichem Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation,

behufs

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Königl. Universität zu Breslau

vorgelegt und

mit Genehmigung derselben

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

veröffentlicht von

Hugo Reinberger,
Referendar bei dem Königlichen Landgericht zu Liegnitz.

BRESLAU 1899.
Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, E. G. m. b. H.

Seinen lieben Eltern

in Dankbarkeit gewidmet.

Inhalt.

Cap. I. Allgemeines. Seite

§ 1. Einleitung 1
§ 2. Abgrenzungen 2
§ 3. I. Die Genehmigung im römischen Recht 4
II. Im modernen Recht 6

Cap. II. Erfordernisse der Genehmigung.

§ 4. Die Genehmigung, ein einseitiges, empfangsbedürftiges, formloses Rechtsgeschäft 7
I. Geschichtliches 7
II. Das Bürgerliche Gesetzbuch 10
§ 5. Ist die Genehmigung an eine bestimmte Frist gebunden? 13
I. Geschichtliches 13
II. Das Bürgerliche Gesetzbuch 13
§ 6. Die Genehmigung ist untheilbar 15
I. Das römische Recht 15
II. Das Bürgerliche Gesetzbuch 17

Cap. III. Die vollmachtslose Stellvertretung.

§ 7. Im Allgemeinen 19
§ 8. Zwischenfälle bis zum Eintritt der Genehmigung in der Person eines der Betheiligten 22
I. In der Person des Vertretenen 22
1. Nach römischem Recht 22
2. Nach Bürgerlichem Gesetzbuch 23
II. In der Person des Gestor und des dritten Contrahenten 25
1. Nach römischem Recht 25
2. Nach Bürgerlichem Gesetzbuch 27
a) Einseitiger Rücktritt des T vom Vertrage . . 27
b) Rücktritt des Gestor und Aufhebungsvertrag . 29

Cap. IV. Die Wirkungen der Genehmigung, insbesondere die Rückwirkung.

§ 9. Im römischen Recht 31
§ 10. Der Rückwirkungbegriff 34
§ 11. Folgen der Rückwirkung und Ausnahmen 39

Cap. V. Die Versagung der Genehmigung.

§ 12. Im gemeinen Recht 41
§ 13. Die Particularrechte und das Handelsgesetzbuch 47
§ 14. Das Bürgerliche Gesetzbuch 51

Anhang: Die Genehmigung bei einseitigen Rechtsgeschäften . . 57

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546309_0209

Literatur.

I. Gemeines Recht.

1. Monographieen.

1. Busse, Dissertatio de ratihabitione. Lips. 1834.
2. Girtanner, De ratihabitione negotiorum gestorum. Jena 1848 (Diss.).
3. Beckhaus, Ueber die Ratihabition der Rechtsgeschäfte. Bonn 1859 (Diss.).
4. Griesinger, Zur Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte. Tübingen 1862 (Diss.).
5. L. Seuffert, Die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte. Würzburg 1868.
6. Siegerist, Die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte. Tübingen 1887 (Diss.).
7. Bertolini, La ratifica degli atti giuridici nel diritto Romano, vol. I. Roma 1889.
8. Zimmermann, Die Lehre von der stellvertretenden negotiorum gestio. Strassburg 1876.
9. Hiekmann, Die Behandlung des von einem vollmachtslosen Stellvertreter abgeschlossenen Rechtsgeschäfts nach gemeinem Recht und nach Handelsrecht. Berlin 1897 (Diss.).
10. Pauls, Die theilweise Genehmigung bei negotiorum gestio. Düsseldorf 1895 (Diss.).
11. Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht. Wien 1885.
12. Hellmann: Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften. München 1882.
13. Buchka, Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen. Rostock 1852.
14. Rudolf Leonhard, Die Anfechtbarkeit der Verträge für das Vermögen eines Dritten. Leipzig 1892, S. 10, 19 ff., 21 u. 23.
15. Franz Leonhard, Vertretung beim Fahrnisserwerb. Leipzig 1899, S. 1 ff.

2. Lehr- und Handbücher des gemeinen Rechts.

16. Windscheid, Pandekten, 6. Aufl. I § 74.
17. Dernburg, Pandekten, 3. Aufl. I § 84, II § 10.
    Ders., Pfandrecht. Leipzig 1860, I S. 207 ff., 229—231.
18. v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts, I § 150. München 1822.
19. Mühlenbruch, Pandekten. Halle 1835, I § 100.
20. Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht. Göttingen 1843, I § 110.
21. Böcking, Pandekten. Bonn 1853, I § 116.
22. Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht. Leipzig 1868, I S. 155 ff.
23. Savigny, System des heutigen römischen Rechts. Berlin 1841, IV S. 558.
    Ders., Das Obligationen-Recht als Theil des heutigen römischen Rechts. Berlin 1853, II §§ 56—58.
24. Puchta, Pandekten. Leipzig 1872, 11. Aufl. §§ 51—52.
    Ders., Vorlesungen über das heutige römische Recht. Leipzig 1874, I § 51 S. 116, § 53 S. 125.
25. Wächter, Pandekten. Leipzig 1880, I § 84, II § 203 (Beil. I).
    Ders., Württemberg. Priv.-Recht. Stuttgart 1842, II §§ 88, 100.
26. Arndts, Pandekten. Stuttgart 1886, § 79.
27. Brinz, Pandekten. Erlangen 1892 (2. Aufl.), II § 321, IV §§ 581—583.
28. Hölder, Allgemeine Lehren. Freiburg 1891.
29. Bekker, System des heutigen Pandektenrechts. Weimar 1889, II § 107.
30. Unger, System des österreichischen allgemeinen Privat-Rechts. Leipzig 1863, II § 92 S. 167—168.
31. Regelsberger, Pandekten I S. 599. Leipzig 1893.
32. Gierke, Deutsches Privat-Recht I § 159 ff. S. 301 (Binding's Handbuch). Leipzig 1895.

3. Zeitschriften.

33. Kritische Vierteljahrsschrift VI S. 415, XI S. 361 ff., XII S. 152, XIX S. 363, XXX S. 340.
34. Ihering's Jahrb. f. Dogm. I S. 295 ff., VI S. 288 ff., X S. 209 ff., XI S. 144, XIX S. 290 ff.
35. Archiv f. civil. Praxis XXVI S. 179—181, LVIII S. 101 ff., LXXVIII (Ulbricht, Die vollmachtsl. Stellvertretung im Civilprocess § 8).
36. Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht X S. 203 ff.
37. Grünhut's Zeitschrift IV S. 353, VII S. 742 ff., IX S. 777, XIV S. 221.
38. Jenaer Literaturzeitung für 1877 S. 68 ff.

4. Schriften vermischten Inhalts.

39. Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. Berlin 1877, § 10.
40. Pernice, M. Antistius Labeo I S. 489 ff., 514 ff.
41. Glück's Commentar X S. 386, XVII S. 3, XXIII S. 37.
42. Weiske's Rechtslexikon V S. 144, IX S. 455 ff.
43. Fr. Mommsen, Erörterungen aus dem Obligationen-Recht 2. Heft S. 114—115. Braunschweig 1879.
44. v. Ihering, Geist des römischen Rechts III, 1 § 53 S. 176 (4. Aufl.). Leipzig 1888.
45. R. Leonhard, Inwieweit giebt es nach den Vorschriften der deutschen Civil-Process-Ordnung Fictionen? Berlin 1888, S. 48. Ders., Wie weit hat der Arbeitgeber für das Verschulden seiner Arbeiter zu haften? (Gutachten) S. 343 ff.

5. Entscheidungen.

46. Seuffert's Archiv.
47. Entscheidungen des Reichsgerichts.
48. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

II. Das deutsche bürgerliche Recht und die Particularrechte.

49. Dernburg, Lehrbuch des Preussischen Privatrechts, 3. Aufl. Halle 1894, I § 116.
50. Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht, 6. Aufl. Berlin 1892, I § 42.
51. Fischer, Lehrbuch des Preussischen Privatrechts. Berlin 1887. § 21.
52. Zachariae-Crome, Handbuch des Französischen Civil-Rechts, 8. Aufl. Freiburg 1894, II §§ 318, 395 Anm. 2.
53. Die Entwürfe zum Bürgerlichen Gesetzbuch (abgek. E. I, II, III).
54. Protokolle der Commission für die erste Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. (Die Seiten nach den Citaten bei Planck.)
55. Protokolle der Commission für die zweite Lesung, (im Auftrage des Reichsjustizamts bearbeitet) I S. 154—164, 167—174, 176—179.
56. Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs I S. 240—247.
57. Vorlage des Redactors (§§ 39—42, §§ 119—122) S. 178—188.
58. Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerl. Gesetzbuchs, S. 29—30.
59. Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs, S. 55, 192.
60. Zusammenstellung der gutachtlichen Aeusserungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, gefertigt im Reichs-Justizamt, I §§ 123—127.

61. Bekker u. Fischer, Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs f. d. Deutsche Reich (Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf, I u. II).

62. Eck, Sammlung von Vorträgen über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage. I S. 73—77. Berlin 1896.

63. Endemann u. Gareis, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs f. d. Deutsche Reich. Berlin 1896. § 16.

64. Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Jena 1897. I § 69—70.

65. Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs von Fischer und Henle. München 1897.

66. G. Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz und Commentar, Bd. I. Berlin 1897.

Cap. I. Allgemeines.

§ 1. Einleitung.

Wer an die Bearbeitung der Lehre von der Genehmigung herangeht, der findet in der Menge der über dieses Thema erschienenen Schriften aus der älteren gemeinrechtlichen Literatur kaum eine, welche zu befriedigenden, praktisch brauchbaren Ergebnissen käme. Eine Fülle von den Ueberblick beeinträchtigenden Einzelheiten, bei der stellvertretenden negotiorum gestio gefundene Grundsätze auf andere Fälle der Genehmigung fälschlich ausgedehnt, die einzelnen Fälle unter eine abstracte Regel gepresst, — dies ist im Wesentlichen der Stand der Literatur bis in das letzte Drittel unseres Jahrhunderts hinein.

Es ist das Verdienst der Seuffert'schen Schrift, zum ersten Mal Klarheit in diese Lehre gebracht, die einzelnen Fälle der Genehmigung streng geschieden und gezeigt zu haben, dass es eine allgemeine Lehre von der Genehmigung nicht giebt. Die ferneren Bearbeitungen haben ergeben, dass man nur auf diesem Wege Befriedigendes erreichen kann. Nur in Verbindung mit den einzelnen Rechtsverhältnissen, bei welchen die Genehmigung praktisch wird, lässt sich in eine Behandlung dieses Themas eintreten.

Folgende Fälle werden, im Wesentlichen übereinstimmend, in der neueren Literatur unterschieden:

1. die zu Rechtsgeschäften von in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Personen erforderliche Genehmigung des gesetzlichen Vertreters oder des Gerichts;

2. die zu Verfügungen über fremde Vermögensrechte oder fremde Interessen berührenden Rechtshandlungen erforderliche Genehmigung des Berechtigten;

3. die Genehmigung Desjenigen, in dessen Namen Jemand, ohne Vollmacht erhalten zu haben, ein Rechtsgeschäft abgeschlossen hat, — der zur Behandlung stehende Fall.

Das römische Recht begriff unter dem entsprechenden Ausdruck »ratihabitio« noch einen vierten Fall: die Bestätigung ungiltiger (nichtiger oder anfechtbarer) Rechtsgeschäfte seitens des Abschliessenden selbst. (l. 25 § 2 C. 5, 16.)

In allen diesen Fällen stellt die Genehmigung, — im Gegensatz zu der vorhergehenden Einwilligung, — sich dar als die nachträgliche Zustimmung zu einem in irgend einer Beziehung mangelhaften Rechtsgeschäft, durch welche dieser Mangel geheilt wird. Schon der farblose, allgemeine Ausdruck »mangelhaft« deutet die Verschiedenheit der einzelnen Fälle an.

§ 2. Abgrenzungen.

Wer in fremdem Namen, das heisst als Stellvertreter ein Rechtsgeschäft mit einem Dritten abschliesst, bedarf einer Legitimation, einer Machtbefugniss, um Denjenigen, in dessen Namen er contrahirt hat, den Vertretenen, dem Dritten gegenüber in rechtliche Beziehungen zu setzen. Diese Legitimation hat als dem Rechtsgeschäft des Vertreters vorhergehende Zustimmung den Namen »Vollmacht«, als nachfolgende den Namen »Genehmigung«.

Von dem Rechtsverhältniss zwischen dem Vertretenen (D) und dem dritten Contrahenten (T) ist dasjenige obligatorische Rechtsverhältniss zu scheiden, welches durch das Thätigwerden des Vertreters (G) im Interesse des Vertretenen zwischen beiden erzeugt wird. Je nachdem er mit oder ohne Auftrag gehandelt hat, ist der Vertreter Mandatar oder negotiorum gestor des Vertretenen. Die

negotiorum gestio wird erst dann zu einer stellvertretenden, wenn der Gestor in fremdem Namen Rechtsgeschäfte wahrgenommen hat. Ausgeschlossen von der Betrachtung sind daher alle Fälle der indirecten oder mittelbaren Stellvertretung, (Handeln in eigenem Namen, aber fremdem Interesse) sowie die des Boten. Dessen Thätigkeit unterscheidet sich von der des Stellvertreters dadurch, dass diese ein rechtgeschäftliches, juristisches Handeln, jene factische Dienstleistungen zum Gegenstand hat. Ein ausführlicheres Eingehen auf die begrifflichen, sehr bestrittenen Unterschiede zwischen dem Stellvertreter und dem Boten[1]) (Iherings Jahrbücher I S. 274 ff., Laband X S. 189 ff., Zimmermann S. 16 ff., B. G. B. § 120) würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen.

Wie in dem äusseren Verhältniss — der vollmachtlosen Stellvertretung — die Genehmigung Rechtsbeziehungen zwischen D und T herstellt, so in dem inneren Verhältniss zwischen D und G, — der stellvertretenden negotiorum gestio. — Den Verschiedenheiten zwischen Vollmacht und Mandat — zuerst von Laband X S. 203 ff., auch im B. G. B. §§ 166 ff., 662 ff. scharf gesondert — entsprechen die Unterschiede der Vollmachts- und der obligatorischen bezw. Mandatswirkung der Genehmigung.

Nur von der äusseren, der Vollmachtswirkung der Genehmigung soll im Folgenden die Rede sein. Die Wirkung der Genehmigung zwischen D und G ist zu eng mit der Lehre von der negotiorum gestio und dem vielbehandelten Problem des negotium utiliter gestum verknüpft, um hier Gegenstand der Betrachtung sein zu können.

Die rechtspolitische Bedeutung der vollmachtslosen Stellvertretung liegt darin, dass sie die Wahrnehmung unserer

---

[1]) Mit Recht weist R. Leonhard, die Anfechtbarkeit der Verträge für das Vermögen eines Dritten, S. 11 darauf hin, dass der Begriff des Boten nur eine Unterart des allgemeinen Begriffs des Vertragsgehilfen, qui ministerium tantummodo praestat, (l. 15 D 13, 5), bildet, unter welchen u. A. auch der Dolmetscher und der Erklärungsempfänger fällt.

Rechte und Interessen auch während unserer Abwesenheit oder sonstigen Verhinderung durch Personen, welche in persönlichen (Verwandschafts-, Freundschafts-, wirtschaftlichen) Beziehungen zu uns stehen, ermöglicht. Analogieen bieten: Der römische Procurator, A. L. R. I, 13 § 119 ff.: »Von vermutheten Vollmachten«.[1])

Da das römische Recht nach der herrschenden Anschauung eine allgemeine directe Stellvertretung nicht kannte, gleichwohl manche Stellen der Quellen für den romanistischen Theil unserer Lehre wichtig sind, so soll im Folgenden noch der Standpunkt der Arbeit den römischen Quellen gegenüber im Gegensatz zu dem modernen Recht präcisirt werden.

§ 3.

I. Die Genehmigung im römischen Recht.

Welche Gründe für eine grundsätzliche Verwerfung der directen Stellvertretung im altrömischen Recht massgebend gewesen sein mögen, ob philosophisch-ethische, wirthschaftlich-sociale oder juristische (Formalnatur der Verträge), ebenso in welchem Umfange Ausnahmen von diesem Princip zugelassen wurden, kann hier dahingestellt bleiben. Wenn der technische Ausdruck »ratihabitio« mehrfach in den Quellen begegnet, so ist anzunehmen, dass er in einem andern als in dem hier aufgestellten Sinn der Vollmachtswirkung gebraucht ist. So alt auch der Ausdruck »ratum« im Sinne von giltig, vollwirksam ist, so taucht das Wort ratihabitio erst zu Labeo's, frühestens zu Cicero's Zeit auf (Pernice I S. 515). Erst im zweiten nachchristlichen Jahr-

[1]) Das römische Recht kannte auch eine Genehmigung von Delicten in der Weise, dass der Genehmigende wie der Delinquent civilrechtlich haftete nach dem Satze: „in maleficio ratihabitio mandato comparatur“ (l. 152 D 50, 17; l. 1 § 14 D 43, 16). Dieselbe widerspricht der modernen Auffassung vom Wesen des Verbrechens (Glück X S. 385—386, Heimbach in Weiske's Rechtslexikon IX S. 459; bestritten bezüglich der civilrechtlichen Unanwendbarkeit von Sintenis I S. 159 not. 43).

hundert wurde die sogenannte cautio amplius non peti, welche dem Beklagten der in eigenem Namen processirende vollmachtslose procurator stellte, in eine cautio de rato umgewandelt (tit. Dig. 46, 8: ratam rem haberi et de ratihabitione, welcher Titel nur von den Processcautionen handelt).

Ferner wird der von Sabinus wahrscheinlich — und zwar bei der Genehmigung von Delicten — zuerst aufgestellte Satz »ratihabitio mandato comparatur« auch bei Rechtsgeschäften erwähnt (l. 12 § 4 D 46, 3). Dieser Satz hat lediglich die oben besprochene obligatorische Wirkung der Ratihabition im Auge, es ist die im titulus Digestorum 3, 5 vorkommende Ratihabition;[1]) »hier handelt es sich nicht darum, die Gestion als eine andere denn die des Gerenten wirksam zu machen, sondern das Geschäft selbst als etwas hinzustellen, das es an sich nicht ist: als eine Sache des Ratihabenten, während es re ipsa nicht sein negotium ist, oder als ein utile negotium, während es das vielleicht nicht ist.« Brinz IV S. 382 (2. Aufl.).

Wie oben erwähnt, kommt die Genehmigung auch in Verbindung mit Verfügungen über eine fremde Interessensphäre vor (l. 16 § 1 D 20, 1). Sie berührt sich mit der hier in Rede stehenden Genehmigung der vollmachtslosen Stellvertretung dann, wenn die Verfügung im Namen des Berechtigten getroffen ist und von diesem genehmigt wird. Gleichwohl ist ihr Hauptzweck, die fehlende Dispositionsbefugniss gutzumachen; »dass die soweit geheilte Handlung als eine des Berechtigten gelte, ist von secundärer Bedeutung« (Brinz ib. S. 383). Wo es der Zusammenhang erfordert, soll auch auf diesen Fall im Laufe der Erörterung eingegangen werden.

Abseits aber liegen die Fälle der Bestätigung (l. 25 C. 5, 16) und der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters

[1]) Pernice S. 516 nimmt an, dass der angeführte Satz seine Spitze auf das Rechtsverhältniss zwischen Gestor und dritten Contrahenten richtete.

(l. 7 § 1 C. 4, 28); autoritatem interponere bei der Tutel und consentire (bei dem Institut des curator) sind hier die häufigeren Ausdrücke.

II. Im modernen Recht.

Obgleich die particulären Codificationen die Stellvertretung durchweg anerkennen, daher ihnen auch eine vollmachtslose Stellvertretung bekannt ist, so werden ihre Schöpfer doch entsprechend dem Stande der älteren Wissenschaft der hierbei auftauchenden Probleme sich nicht bewusst. Nur dürftige Bestimmungen über unsere Lehre enthaltend, sind sie auf Ergänzung durch die Rechtsprechung angewiesen. Noch unter dem Banne des römischen Rechts (anknüpfend an die bekannte Streitfrage bezüglich l. 60 D 50, 17 und l. 8 D 3, 5) steht der § 1340 Sächsischen Gesetzbuchs:

»Die Genehmigung eines bereits geführten Geschäfts hat die Wirkung, dass der Geschäftsführer nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag, der Genehmigende nach den Vorschriften über die Geschäftsführung vermöge Auftrags zu beurtheilen ist. Wird ein angefangenes Geschäft genehmigt, so liegt darin ein Auftrag zu dessen Fortführung.«

Einen Fortschritt bezeichnet das Bürgerliche Gesetzbuch. Unter scharfer Sonderung der einzelnen Genehmigungsfälle behandelt es die vollmachtslose Stellvertretung im fünften Titel des dritten Abschnitts im allgemeinen Theils bei der Lehre von der Stellvertretung und der Vollmacht (§§ 177—180) und lässt im sechsten Titel unter »Einwilligung und Genehmigung« (§§ 182—185) einige sämmtlichen Arten der Genehmigung gemeinsame Bestimmungen folgen, »um Einzelbestimmungen entbehrlich zu machen und Lücken zu vermeiden«. (Mot. I S. 246.)

Was den Gang der Untersuchung betrifft, so soll sich diese erstrecken auf die Voraussetzungen und auf die Wirkungen der Genehmigung. Letzterer Untersuchung soll eine Abhandlung über die Rechtslage vor der Genehmigung

vorausgehen und den Abschluss die Haftung des vollmachtslosen Vertreters bei Ausbleiben der Genehmigung bilden.

Der auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches sich aufbauenden dogmatischen Behandlung soll, soweit das römische Recht sich mit der Frage befasst hat, eine historische und eine dogmengeschichtliche Entwicklung vorausgehen.

Cap. II. Erfordernisse der Genehmigung.

§ 4. Die Genehmigung, ein einseitiges, empfangsbedürftiges, formloses Rechtsgeschäft.

I. Geschichtliches.

Die Bestimmungen des römischen Rechts sind in der vorliegenden Frage dürftig. Aus l. 66 D 46, 1:

si servus alienus pro Titio fideiussit et solvit, liberatur Titius, si dominus mandati contra eum agere instituit: nam qui mandati agit, ratam habere solutionem videtur.

hat man (Zimmermann S. 161 ff.) schliessen wollen, dass die Genehmigung Jedem gegenüber geäussert werden kann, also ein streng einseitiges Rechtsgeschäft ist. Allein abgesehen davon, dass es sich hier um Genehmigung einer von dem Sclaven über das Vermögen des Dominus getroffenen Verfügung handelt, so ist in dieser Stelle doch die Genehmigung nicht einem beliebigen Dritten, sondern dem Hauptschuldner gegenüber (durch Anstellung der Regressklage seitens des Dominus gegen ihn) geäussert worden. Die Stelle würde daher eher geeignet sein, ein Gegenargument gegen die absolute Einseitigkeit der Genehmigung zu bilden.

Für die Auffassung der Genehmigung als empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft spricht die Analogie der Vollmacht. Der Einwand, dass diese eine ganz andere Garantie der Ernstlichkeit und Bedächtigkeit fordere als die Ge-

nehmigung, welche eine fertige, von dem Ratihabenten übersehbare Rechtslage voraussetze (Zimmermann S. 165) — dort die Ertheilung der Vollmacht dem G oder T gegenüber erfolgen müsse, hier die Genehmigungserklärung jedem beliebigen gegenüber erfolgen könne, — rechtfertigt sich nur bezüglich der Specialgenehmigung, gilt aber nicht hinsichtlich der generellen Genehmigung, welche einen Complex dem Vertretenen häufig unbekannter Rechtsgeschäfte (z. B. eine Vermögensverwaltung) zum Gegenstande hat.

Als Erklärung innerhalb des Vertrages, als zweiten Vertragswillen, fassen alle Diejenigen die Genehmigung auf, welche in der vollmachtslosen Stellvertretung nur eine Offerte des dritten Contrahenten sehen, und fordern demgemäss ein Gelangen der Genehmigung nicht an den Gestor, sondern an den dritten Contrahenten, so Hellmann S. 125, auch Mitteis § 26 S. 213. Diese Ansicht nähert sich, wenn auch von unrichtiger Voraussetzung ausgehend, bereits der im B. G. B. vertretenen, nach welcher die Genehmigung sowohl dem G wie T gegenüber geäussert werden kann, aber auch einem dieser beiden gegenüber geäussert werden muss. So auch für das gemeine Recht Regelsberger I S. 597.

Ueber die Formlosigkeit der Genehmigung herrscht für das gemeine Recht im Wesentlichen Uebereinstimmung. Dieselbe kann sowohl ausdrücklich, wie auch durch concludente Handlungen geäussert werden (Zahlung durch einen Stellvertreter contrahirter Schulden durch den Principal).

l. 5 D 46, 8: non tantum verbis ratumhaberi posse, sed etiam actu.

Auch dann ist die Genehmigung an eine Form nicht gebunden, wenn eine solche für das Rechtsgeschäft, auf welche sie sich bezieht, gefordert wird. Eine andere Frage ist die, ob, wenn für die Vollmacht eine bestimmte Form vorgeschrieben ist, diese auch für die Genehmigung erforderlich ist. Für Bejahung derselben kann nicht der Gesichtspunkt der Sicherung des Dritten angeführt werden.

Denn, nachdem er einmal mit dem vollmachtslosen Vertreter sich eingelassen hat, kann eine Genehmigung des Principals nur seinem Willen entsprechen; es bedarf daher nicht einer Erschwerung der Genehmigung durch Bindung an eine gerichtliche oder notarielle Schriftform. Bei der Formlosigkeit der Vollmacht ist diese Frage für das gemeine Recht bedeutungslos.[1])

[1]) Anders im Gebiet des Preussischen Allgemeinen Landrechts. Dasselbe lässt zwischen Machtgeber und Bevollmächtigten bezüglich der Schriftlichkeit der Vollmacht die Höhe des Objects (über 150 Mark) massgebend sein (§ 7 I 13 ib.), bestimmt aber hinsichtlich der Beziehungen zwischen dem Machtgeber und dem Dritten, dass Ersterer stets auch auf Grund mündlich ertheilter Vollmacht gegen diesen klagen (§ 10 ib.), während der Dritte, welcher mit dem Bevollmächtigten sich eingelassen hat, auf Erfüllung des mit diesen abgeschlossenen Vertrages gegen den Machtgeber nur klagen kann, wenn der Bevollmächtigte durch einen schriftlichen Auftrag legitimirt gewesen ist (§ 8 ib.). Dies gilt auch bei Verträgen unter 150 Mark. (Dernburg, Pr. Privat-Recht I § 114 S. 249).

Auf Grund dieser Vorschriften war es in der Preussischen Praxis zweifelhaft, ob der Vertretene, wenn er nach bloss mündlich ertheilter Vollmacht nach Abschluss des Rechtsgeschäfts ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt, dem dritten Contrahenten gegenüber verpflichtet wird, — eine Frage, die das Ober-Tribunal (Entscheidg. Bd. XIX S. 29) im Hinblick auf §§ 142—144 I 13, §§ 185, 189, 190 I 5 A. L. R. (auch R. G. X S. 257) in bejahendem Sinne entschieden hat. Wenn auch die angeführten Bestimmungen den Fall im Auge haben, wo eine schriftlich ertheilte Vollmacht überschritten worden ist, und das Ober-Tribunal die Ausdehnung derselben auf die Thätigkeit des nur mündlich bevollmächtigten Vertreters (aber innerhalb der Vollmacht) befürwortet, so dürfte eine weitere Ausdehnung auf das Handeln des vollmachtslosen Vertreters unbedenklich sein.

Diese Frage wiederholt sich im Reichs-Civilprocess. § 76 Abs. 1 (jetzt § 80 Abs. 1): Der Bevollmächtigte hat die Bevollmächtigung durch eine schriftliche Vollmacht nachzuweisen und diese zu den Gerichtsacten abzugeben. Andererseits § 85 Abs. 2 (jetzt § 89 Abs. 2): Die Partei muss die Processführung gegen sich gelten lassen, wenn sie auch nur mündlich Vollmacht ertheilt oder wenn sie die Processführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat.

Nicht in die Lehre von der vollmachtslosen Stellvertretung fällt die Frage, ob, wenn der Gestor im Hinblick auf A Geschäfte abgeschlossen hat, welche dem Vermögenskreis des B angehörten, der subjective (A) oder der objective Dominus (B) genehmigen könne (l. 5 §§ 1, 12, 13 D 3, 5; Seuffert S. 18; Bertolini S. 122). Die angeführten Stellen haben nicht ein stellvertretendes Handeln, sondern nur eine Thätigkeit im Hinblick auf eine bestimmte Person, d. h. eine auftraglose Geschäftsführung, zum Theil nicht Rechtsgeschäfte, sondern factische Leistungen im Auge.

II. Das Bürgerliche Gesetzbuch.

Nicht Neubildung von Rechtssätzen, sondern Feststellung und Vereinigung der verschiedenen nebeneinander geltenden Rechtssätze hatten sich die Schöpfer des Bürgerlichen Gesetzbuches zum Ziele gesetzt. So sind es auch die alten wohlbekannten Rechtsnormen, die wir hier, wenn auch in modernem Gewande, wiederfinden.

§ 182 Abs. 1 u. 2 bestimmt:

»Hängt die Wirksamkeit eines Vertrages oder eines einseitigen Rechtsgeschäfts, das einem andern gegenüber vorzunehmen ist, von der Zustimmung eines Dritten ab, so kann die Ertheilung sowie die Verweigerung der Zu-

---

Wenn auf Grund des Rügerechts des § 84 (jetzt § 88) C. P. O. der Mangel der schriftlichen Vollmacht des Processvertreters gerichtskundig geworden ist, so hat das Gericht nach § 85 Abs. 1 (jetzt § 89) die Wahl, ihn zurückzuweisen oder gegen oder ohne Sicherheitsleistung für Kosten und Schäden zur Processführung einstweilen zuzulassen, und zwar bis zur Beibringung einer schriftlichen Vollmacht. Hingegen bleiben die von dem Vertreter bereits vorgenommenen Processhandlungen bei dem Vorliegen der Voraussetzungen des § 85 Abs. 2 (jetzt § 89 Abs. 2), mündliche Vollmacht oder ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung, giltig. Auch hier ist demnach der formlosen Genehmigung trotz Schriftform der Vollmacht Bedeutung beigelegt. (Vgl. Ulbricht: Die vollmachtslose Stellvertretung im Reichs-Civilprocess, Arch. für civil. Praxis, Bd. 78, insbes. § 8.)

stimmung sowohl dem einen als dem andern Theile gegenüber erklärt werden.

Die Zustimmung bedarf nicht der für das Rechtsgeschäft bestimmten Form.«

Indem die Empfangsbedürftigkeit der Zustimmung (d. h. Einwilligung wie Genehmigung) als selbstverständlich vorausgesetzt wird, bestimmt das Gesetz, dass diese sowohl dem Gestor wie dem Dritten, aber auch nur diesen Beiden gegenüber, geäussert werden kann. Falls G oder T abwesend sind, so ist die Genehmigung in dem Augenblick abgegeben, in welchem sie einem von Beiden zugegangen ist (Empfangstheorie, B. G. B. § 130). Ist der Adressat der Willenserklärung geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so wird diese erst mit der Abgabe an den gesetzlichen Vertreter wirksam (§ 131 Abs. 1 u. 2 Satz 1 B. G. B.).

Dass die Genehmigung ein Rechtsgeschäft ist, d. h. »eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist« (Mot. I S. 126), wird vorausgesetzt. Damit steht nicht in Widerspruch, dass sie stets ein anderes Rechtsgeschäft, auf welches sie sich bezieht, zur Voraussetzung hat, kein in sich selbst genügendes Rechtsgeschäft ist. Aus der Natur des Rechtsgeschäfts folgt die Unwiderruflichkeit der Genehmigung (anders freilich bezüglich der Einwilligung § 183 B. G. B.). Ein Gleiches kann von der Verweigerung der Genehmigung, als Ablehnung des Gesuchs ein Rechtsgeschäft abzuschliessen, aufgefasst, an sich nicht gelten. Da aber an die Verweigerung der Genehmigung gewisse Rechtsfolgen sich anschliessen, z. B. nach § 177 B. G. B. der von dem Vertreter abgeschlossene Vertrag unwirksam wird, nach § 178 ib. die Gebundenheit des Dritten aufhört, muss die Verweigerung der Genehmigung als Rechtsgeschäft oder rechtsgeschäftsähnliche Handlung angesehen werden (Planck zu § 184 not. 3). Sie ist daher nicht widerruflich.

Die Bestimmung im Entwurf I § 127 Abs. 2, dass die Zustimmung ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen könne, ist im B. G. B. als selbstverständlich gestrichen worden (Prot. II Bd. I S. 177).

Gegen die Formlosigkeit der Genehmigung wurde von Zitelmann, Beiträge Theil II S. 121 angeführt, dass der Zweck der Formvorschrift, Verhütung unüberlegter Rechtsgeschäfte, Feststellung des Inhalts und der Vollendung derselben, auch für die Genehmigung zutreffe, wenn das Hauptgeschäft an eine solche gebunden sei. Mit Recht erklärte sich die 2. Commission (Prot. II Bd. I S. 177) gegen die Formvorschrift, da die Genehmigung Erklärung ausserhalb des Vertrages, nicht Thatbestandsmoment desselben sei, die Analogie der Vollmacht auch die Formlosigkeit verlange (§ 167 Abs. 2). Der nach Preussischem Landrecht und Reichs-Civilprocessordnung mögliche Zweifel ist demnach hier ausgeschlossen.

Eine Ausnahme von der Formlosigkeit wird überall da eintreten, wo das Gesetz dies ausdrücklich bestimmt (§§ 1516, 1517 für Verfügungen der Ehegatten), sowie da, wo die Genehmigung Grundlage einer Eintragung ins Grundbuch werden soll (Commentar von Fischer und Henle zu § 182 No. 5). Da der Grundbuchrichter die Giltigkeit der an die Formvorschrift des § 37 G. B. O. gebundenen Vollmacht von Amtswegen zu prüfen hat, so kann eine nachträgliche Genehmigung hier nur dann in Frage kommen, wenn auf Grund einer ungiltigen Vollmacht versehentlich eine Eintragung erfolgt ist und auf richterliche Aufforderung eine giltige Vollmacht nachträglich beigebracht wird.

Die Zulässigkeit einer generellen Genehmigung nach Analogie einer Generalvollmacht unterliegt keinem Bedenken, da der Vertretene hier mit Wissen und Willen sich einer Verpflichtung von ihm unbekannten Umfang unterwirft (Seuff. III, 141, R. O. H. G. XV, 19).

§ 5. Ist die Genehmigung an eine bestimmte Frist gebunden?

I. Geschichtliches.

In l. 12 § 2 D 46, 8 stellt Julian als Regel auf, dass die Genehmigung binnen angemessener Frist erfolgen müsse, »cum quodam spatio temporis nec minimo nec maximo et quod magis intellectu percipi quam elocutione exprimi possit«. Auf Grund der l. 25 § 1 D 46, 8 und l. 71 § 1 D 46, 3 hatte sich ferner eine lebhafte Controverse bezüglich der Frage entsponnen, ob, wenn die Haupthandlung an eine bestimmte Frist gebunden ist, die Genehmigung innerhalb dieser Frist erfolgen müsse. l. 25 § 1 cit. fordert die Genehmigung innerhalb der Frist, l. 71 § 1 cit. lässt sie auch nachher zu. Da die genannten Quellenstellen hauptsächlich für die Rückwirkungsfrage von Bedeutung sind, so soll ihre ausführlichere Besprechung erst unten erfolgen.

Eine Specialbestimmung giebt das Preussische Landrecht in den §§ 145 u. 146 I 13. Hiernach muss der Vertretene bei Ueberschreiten der Vollmacht seitens des Vertreters, sobald er hiervon benachrichtigt worden, seine Missbilligung innerhalb der gesetzlichen Erklärungsfrist für Annahme von Anträgen (§ 90 ff. I, 5) kundthun, widrigenfalls er für allen aus dieser Unterlassung entstehenden Schaden verantwortlich wird.

II. Das Bürgerliche Gesetzbuch.

§ 177 Abs. 2 bestimmt (vgl. 108 Abs. 2): »Fordert der andere Theil den Vertretenen zur Erklärung über die Genehmigung auf, so kann die Erklärung nur ihm gegenüber erfolgen; eine vor der Aufforderung dem Vertreter gegenüber erklärte Genehmigung oder Verweigerung der Genehmigung wird unwirksam. Die Genehmigung kann nur bis zum Ablauf von zwei Wochen nach dem Empfange der Aufforderung erklärt werden; wird sie nicht erklärt, so gilt sie als verweigert.«

Damit ist die durch l. 71 § 1 D 46, 3 eröffnete Möglichkeit, dass der Dritte, obgleich eine bestimmte Frist für seine Schuld gesetzt ist, wenn die Genehmigung erst nach Ablauf derselben erfolgt, bis zu dem Zeitpunkt der Genehmigung event. gegen seinen Willen gebunden wäre, beseitigt. Die Genehmigung ist zwar auch jetzt nicht an eine bestimmte Frist gebunden (Theilentwurf § 121 Abs. 3) der Dritte hat aber durch sein Aufforderungsrecht die Möglichkeit, eine Entscheidung herbeizuführen und damit der für ihn lästigen Ungewissheit ein Ende zu machen. Daher wurde in der zweiten Commission (Prot. II Bd. I S. 178) mit Recht der Antrag auf Aufnahme der Bestimmung:

»Ist das Rechtsgeschäft binnen einer bestimmten Frist vorzunehmen, so ist auch die Zustimmung binnen der für das Rechtsgeschäft bestimmten Frist zu erklären«

mit der Begründung abgelehnt, dass für die Entscheidung dieser Frage die allgemeinen Grundsätze genügten.

§ 177 Abs. 2 bezeichnet insofern eine Ausnahme von der Regel des § 182, als die Genehmigung nach ergangener Aufforderung nur dem T gegenüber erfolgen kann und eine vorher dem G gegenüber erfolgte Genehmigung unwirksam wird. Erst diese letztere Bestimmung (Unwirksamkeit der dem G gegenüber erklärten Genehmigung) verleiht dem Aufforderungsrecht des T volle Kraft. Sie fehlte in dem E. I § 123 Abs. 3. Es ergab sich hieraus die schon von den Motiven I S. 242 bemerkte Folge, dass, wenn D dem G gegenüber genehmigt und dann auf die Aufforderung des T hin sich nicht erklärt, das Schweigen des D nach Ablauf der zweiwöchentlichen Frist die im E. I § 123 Abs. 3 an dasselbe geknüpfte Folge nicht mehr haben könne. Damit wurde das Aufforderungsrecht für T überhaupt illusorisch und dieser nach wie vor der Ungewissheit, falls der Vertreter ihn nicht von der ertheilten Genehmigung benachrichtigte, ausgesetzt. Dem von Zitelmann I S. 58 vorgeschlagenen Aushilfsmittel hatte sich E. II § 145 Abs. 2 angeschlossen, wonach die Genehmigung, auch vor der Aufforderung nur dem dritten Contra-

henten gegenüber erklärt werden könne, »da insoweit die Rücksicht auf die Lage des Vertreters dem Interesse des Dritten untergeordnet werden müsse« (Prot. II Bd. I S. 155).

Es ist indes nicht abzusehen, warum T auf eine dem G gegenüber erklärte Genehmigung bezw. Verweigerung derselben sich nicht sollte berufen können, ohne eine ausdrückliche Aufforderung erst an D zu richten. Die gegenwärtige Fassung bietet ferner dem Dritten die Möglichkeit, falls Besprechungen zwischen D und G vorliegen, die nicht klar erkennen lassen, ob der Vertretene seine Genehmigung ertheilen wollte oder nicht, eine unzweifelhafte Willensäusserung des D herbeizuführen (Planck, zu § 108 not. 3).

Als letzte der Voraussetzungen der Genehmigung ist ferner die Frage nach der Theilbarkeit zu prüfen.

§ 6. Die Genehmigung ist untheilbar.

I. Das römische Recht.

Auch in diesem Punkte lässt das römische Recht ein klares Princip vermissen. Die vorhandenen Quellenentscheidungen haben nur dazu beigetragen, die entscheidenden Gesichtspunkte zu verhüllen, und zu einer Wortinterpretation verleitet, bei welcher die rechtspolitische Grundlage der Frage ausser Betracht blieb. Immer wieder begegnet man durch die ganze ältere Literatur hindurch dem mit der Bestimmtheit einer logischen Formel in Anlehnung an l. 17, 18 D 46, 8 ausgesprochenen Satze: die Genehmigung ist theilbar.[1])

Ueber die allgemeinen rechtlichen und wirthschaftlichen Gesichtspunkte soll unten gehandelt werden. Hier interessieren zunächst die Quellenentscheidungen.

l. 17, 18 D 46, 8 lassen eine auf einen blossen Theil bezügliche Genehmigung zu, l. 4 § 1 D 45, 1 scheint sie in den Schlussworten zu verbieten.

---

[1]) In welchen verschiedenen Formen diese Ansicht vertreten wurde, darüber ist die sorgfältige Schrift von Pauls, § 3 zu vergleichen.

Die drei Fälle, in denen in l. 17 cit. eine getheilte Genehmigung zugelassen wurde, sind

1. gerichtliche Beitreibung,
2. aussergerichtliche Beitreibung einer Forderung durch einen Procurator,
3. Abschluss einer Novationsstipulation.

Von dem Fall zu 1 handelt auch l. 18 cit.; nur dass hier an Stelle des genehmigenden Dominus die Erben treten.

Nach der von Zimmermann S. 183 ff. gegebenen geistvollen Erklärung erübrigt sich ein ausführlicheres Eingehen auf diese Stellen. — Bei der Vertragsnatur des römischen Processes muss der Fall zu 3 dem zu 1 in vielen Beziehungen gleichstehen. Sowohl die Processobligation wie die Stipulationsforderung entsteht, den Procurator als Kläger bezw. Stipulator vorausgesetzt, in dessen Person. Ersteres hängt mit der Gestaltung des Procuraturverhältnisses im römischen Civilprocesse (Gaius, Instit. IV § 98), letzteres mit dem Ausschluss der directen Stellvertretung bei der Stipulation zusammen. In beiden Fällen geht neben der ursprünglichen, in der Person des Principals bestehenden Obligation eine zweite durch Litiscontestation bezw. Novation in der Person des Procurator entstandene her. Da der Dritte der Gefahr einer nochmaligen Beitreibung derselben Forderung durch den Principal ausgesetzt ist, so stellt ihn eine Genehmigung des Principals, welche wenigstens einen Theil der ursprünglichen Forderung zum Erlöschen bringt, noch günstiger als völliges Ausbleiben derselben.

In dem Fall zu 2 steht dem Dritten bei Ausbleiben der Genehmigung nur eine condictio auf Rückforderung des Geleisteten gegen den Gestor zu, während die ursprüngliche Schuld bestehen bleibt. Eine theilweise erfolgte Genehmigung bedeutet daher auch hier das geringere Uebel für ihn.

Zu der besprochenen lex kann die schwierige l. 4 § 1 D 45, 1 (ausführliche Erklärung bei Vangerow III § 567 S. 11) unmöglich im Widerspruch stehen, da derselbe Mar-

cellus, auf den sich Paulus in dem Schlusssatz der l. 4 beruft, der Verfasser von l. 17 ist.

Ein Widerspruch ist auch bei näherer Betrachtung nicht vorhanden. Der Dominus hatte eine Strafstipulation geleistet (poena certae pecuniae), und es wird die Frage, ob bei dem Zuwiderhandeln seitens eines der Erben die ganze Summe oder ein Theil (pro portione hereditaria) verfällt, davon abhängig gemacht, ob die Obligation untheilbar (iter fieri) oder theilbar (amplius non agi) ist. Mit den Worten »sed videamus« etc. führt Paulus den zweiten der von Cato unterschiedenen Fälle noch näher aus und schliesst: »quamvis ipse dominus pro parte ratumhabere non potest.« Diese Worte können nach dem Vorangegangenen nicht anders aufgefasst werden als: »obgleich der Dominus selbst nicht pro parte ratihabiren kann, ohne die ganze Stipulation zu verlieren«. Der Unterschied zwischen l. 17 und 18 cit. einerseits und l. 4 § 1 cit. andererseits liegt lediglich darin, dass dort von einer Interessestipulation, hier von einer Strafstipulation die Rede ist, welche bei einer sich nur auf einen Theil erstreckenden Genehmigung daher nicht pro parte, sondern ganz verfällt.

Aus diesen Ausführungen dürfte sich so viel ergeben, dass auch das römische Recht nur unter bestimmten Voraussetzungen — dann, wenn eine nur zum Theil erfolgte Genehmigung günstiger für den Dritten als völliges Ausbleiben ist[1]) — diese zugelassen hat, dass es irrig ist, hierauf ein allgemeines Princip der Theilbarkeit zu gründen. Wir sind daher auch für das heutige Recht nicht davon entbunden, nach dem Grunde der Theilbarkeit bezw. der Untheilbarkeit der Genehmigung zu forschen.

II. Das Bürgerliche Gesetzbuch.

Die Motive I S. 242 halten die Unzulässigkeit einer getheilten Genehmigung für selbstverständlich, »solchenfalls

[1]) Im heutigen Recht bei reinen Erwerbsgeschäften möglich, z. B.: G schenkt dem T im Namen des D 1000. D genehmigt zur Hälfte.

würde ein anderes Geschäft genehmigt, als zur Genehmigung verstellt ist«. In der That ist dies der entscheidende Gesichtspunkt. Es ist jedoch zu unterscheiden, ob der Vertreter mehrere Rechtsgeschäfte für den Dominus abgeschlossen hat oder eins, im ersteren Falle, ob die einzelnen Gestiones unter sich im Zusammenhange stehen oder nicht. Hat der vollmachtslose Vertreter je nach dem Bedürfnisse des Augenblicks im Namen des Dominus mehrere Rechtsgeschäfte abgeschlossen, ohne dass diese Theile einer einheitlichen Gestio bilden, so steht es dem Dominus frei, dem einen Rechtsgeschäft seine Genehmigung zu ertheilen, dem andern sie zu versagen.

Von einer getheilten Genehmigung aber kann hier nicht die Rede sein. Hingegen trifft der obige Gesichtspuukt zu, wenn eine mehrere Rechtsgeschäfte in sich schliessende Vermögensverwaltung des Vertreters, eine generelle Gestio vorliegt.[1]) Wenn endlich der Gestor ein einzelnes Rechtsgeschäft abgeschlossen hat, so ist eine theilweise abgegebene Genehmigung logisch denkbar nur, wenn der Gegenstand des Rechtsgeschäfts theilbar ist. Aber eben hier beeinträchtigt sie die wirthschaftlichen Interessen des Dritten und ist deshalb von Recht zu verbieten.

Wenn, um mich eines Seuffert'schen Beispiels (S. 83) zu bedienen, welcher als der erste zu befriedigenden Ergebnissen in unserer Frage gelangt ist, T meinem vollmachtslosen Vertreter 1000 Morgen zusammenhängendes Ackerland für 200 000 Mk. verkauft hat, so müsste T die Genehmigung von 500 Morgen für 100 000 Mk. sich gefallen lassen, obwohl unter Umständen die gesonderten

[1]) Hierunter fällt theoretisch auch der Fall, wenn die einzelnen vom vollmachtslosen Vertreter abgeschlossenen Rechtsgeschäfte in so enger Beziehung zu einander stehen, dass durch das spätere Rechtsgeschäft das frühere modificirt oder aufgehoben wird (z. B. G schliesst für D einen Miethsvertrag und kündigt nach einiger Zeit denselben). Diese Frage soll jedoch, da sie mit der unten zu erörternden bezüglich des Rücktrittsrechts des Gestors in Zusammenhang steht, hier von der Behandlung ausscheiden.

500 Morgen, welche ihm verbleiben, vielleicht kaum den vierten Theil der Kaufsumme noch werth sind. Wollte man dies unter der Bedingung des Einverständnisses des dritten Contrahenten zulassen (Sintenis S. 157), so übersieht man, dass hierin ein neuer Vertragsabschluss zwischen dem Vertretenen und dem Dritten, keine Genehmigung liegen würde.

Man kann die Zulässigkeit einer auf einen Theil bezüglichen Genehmigung auch nicht mit der Annahme rechtfertigen, dass, wer das Ganze will, auch mit einem Theil einverstanden sei, und dass bei einer zu einem Theil erfolgenden Genehmigung T bezüglich des Restes sich über den Inhalt und Umfang des Rechtsgeschäfts in einem Irrthum befunden habe (Griesinger S. 49).

Diese Construction wird dem wirklichen Sachverhältniss nicht gerecht. Denn es ist lediglich eine unbewiesene Behauptung, dass der Wille des T auch auf jeden Theil des Rechtsgeschäfts gerichtet sei, abgesehen davon, dass von einem Irrthum des dritten Contrahenten nicht die Rede sein kann.

Cap. III. Die vollmachtslose Stellvertretung.

§ 7. Im Allgemeinen.

Bei dem grundsätzlichen Fehlen der directen Stellvertretung im römischen Recht konnte dieses auch keine Auskunft über die Rechtslage vor der Genehmigung geben, wenn G in fremdem Namen ohne Vollmacht thätig geworden ist. Alle durch das Contrahiren des G bezweckten Rechtswirkungen sind in dessen Person eingetreten. Erst mit der gewohnheitsrechtlichen Ausbildung der Stellvertretung (Buchka a. a. O. S. 1 ff.) taucht die Frage nach der Construction derselben auf; mit ihr müssen wir uns beschäftigen, wenn wir das analoge Verhältniss der vollmachtslosen Stellvertretung verstehen wollen. Es ist unmöglich im Rahmen dieser Arbeit zu den zahlreichen Stellvertretungs-

theorien und ihren Spielarten hier Stellung nehmen zu wollen (cfr. Windscheid § 73). Es mag nur der Hinweis gestattet sein, dass die Constructionsmöglichkeiten in ihren Grundzügen mit folgenden Annahmen erschöpft sein dürften:

1. Alleiniger Contrahent ist der Vertretene (Savigny, Obligat.-Recht II S. 54—60), eine Ansicht, welche den Vertreter und den Boten auf gleiche Stufe setzt.

2. Es findet ein Zusammenwirken des Vertreters und des Vertretenen statt in der Weise, dass dem Vertragswillen des dritten Contrahenten die beiden zusammengehörigen Vertragswillen des Vertreters und des Vertretenen gegenüber treten (Mitteis § 13).

3. Alleiniger und wirklicher Contrahent ist der Vertreter, und nur die Wirkungen des Rechtsgeschäfts treten in der Person des D ein (herrschende Repräsentationstheorie). Hiernach findet eine Trennung von Ursache und Wirkung statt; »die Ursache, das ist die Handlung, fällt auf die Person des Stellvertreters, die Wirkung, das ist das Recht, auf die des Repräsentirten« (Ihering, Geist § 53).

Diese Möglichkeiten wiederholen sich in gleicher Weise bei der vollmachtslosen Stellvertretung. Wer annimmt, dass der Vertretene der eigentliche Contrahent ist, muss in der Genehmigung die zweite Willenserklärung sehen, kann daher in der Thätigkeit des Vertreters und des Dritten nur eine vom dritten Contrahenten gemachte, vom Gestor entgegengenommene Offerte erblicken (Wächter, Württemberg, Privat-Recht II S. 682). Der Gestor hätte nach dieser Construction nur die Stellung des Boten, welcher dem Vertretenen die Offerte des Dritten überbringt.[1]) Diese wäre unbeschränkt oder wenigstens bis zu dem Zeitpunkte, in welchem sie zu dem Vertretenen gelangt, widerruflich. Aus dem hiernach sich ergebenden Widerspruch, dass nach

[1]) Dies ist die Auffassuug des stellvertretenden negotiorum gestor in der Schrift von R. Leonhard: Die Anfechtbarkeit u. s. w. S. 21 und 23, der daher die Möglichkeit einer derartigen auftraglosen Stellvertretung schon nach römischem Recht in sehr weitem Umfange annimmt.

positivem, sowohl römischem (l. 24 D 3, 5) wie modernem Recht (B. G. B. § 278) der dritte Contrahent sofort gebunden ist, sucht man sich durch die Erklärung zu helfen, dass T mit G einen ausdrücklichen oder stillschweigenden, neben dem Hauptvertrag hergehenden Vertrag schliessen könne, wonach er bis zum Eintritt der Genehmigung gebunden sein wolle.

Ein solcher Vertrag soll nach dieser Ansicht (Ruhstrat Jahrb. X S. 217) bei der vollmachtslosen Stellvertretung immer zu unterstellen sein. Dass bei dieser gesuchten Construction der Dritte nur dem Gestor, nicht, wie beabsichtigt, dem Vertretenen gebunden wäre, dass sie dann versagt, wenn der Gestor sich für bevollmächtigt hielt, leuchtet ein.

Auch die Mitteis'sche Ansicht, dass das Rechtsgeschäft des Vertreters und die Ratihabition zwei innerlich zusammengehörige Stücke ein und desselben Rechtsgeschäfts bilden, »dass Jeder insoweit handelt, als sein concreter Wille es ist, welcher die Erklärung als ihr juristischer Bestimmungsgrund veranlasst und in derselben zum Ausdruck gelangt« (S. 119), befriedigt nicht. Sie lässt es unerklärt, dass eine vor der Genehmigung in der Person des Gestor eintretende Handlungsunfähigkeit (Geisteskrankheit) auf die Genehmigungsmöglichkeit ohne Einfluss ist.

Hiernach würde das durch den Gestor geschaffene Rechtsverhältniss erst ein in der Bildung begriffenes Rechtsgeschäft sein (Köppen, lhg. Jahrb. XI S. 159). Es ist vielmehr mit Zimmermann S. 138 ff. anzunehmen, dass das Rechtsgeschäft mit dem Augenblick des Contrahirens durch den Gestor perfect geworden und nur seine Wirkungen bis zur Genehmigung noch ausstehen. Alle zur Perfection eines Rechtsgeschäfts erforderlichen Voraussetzungen müssen daher zur Zeit der Gestio in der Person der Contrahenten, d. h. des G und T vorhanden sein. Dies gilt insbesondere von der Handlungsfähigkeit. Aus § 166 Abs. 1 B. G. B. ergiebt sich, dass auch das Bürgerliche Gesetzbuch sich der Repräsentationstheorie angeschlossen

hat. »Soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch die Kenntniss oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflusst werden, kommt nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht.« Dass endlich die Genehmigung ein selbständiges, ausserhalb des Handelns des Vertreters stehendes Rechtsgeschäft ist, welches nicht die Existenz, sondern nur die Wirkungen des von dem Vertreter abgeschlossenen Rechtsgeschäfts bestimmt, folgt aus § 177 B. G. B.:

> »Schliesst Jemand ohne Vertretungsvollmacht im Namen eines Andern einen Vertrag, so hängt die Wirksamkeit des Vertrages für und gegen den Vertretenen von dessen Genehmigung ab.«

Da die Wirkungen bis zur Genehmigung noch nicht eingetreten, aber auch nicht negirt sind, so nimmt man gewöhnlich einen Schwebezustand an, in welchem diese sich bis zur Genehmigung befinden. Dies ist klar, wenn die Parteien in Erwartung der Genehmigung contrahirt haben. Wenn hingegen in Unterstellung der vorhandenen Vollmacht contrahirt worden ist, müsste nach den Grundsätzen über den Irrthum Nichtigkeit resp. Anfechtbarkeit (nach B. G. B. § 119) die Folge sein. Indessen wird dieser Fall von dem ersten gewöhnlich nicht unterschieden (Brinz IV S. 368), und auch das B. G. B. § 177 lässt ohne Unterscheidung hier wie dort den Vertrag genehmigungsfähig werden. Das innere Wesen dieses Schwebezustandes wird deutlicher aus den folgenden Erörterungen über die Rückwirkung sich ergeben. Zuvor noch eine Untersuchung über den Einfluss von Zwischenfällen.

§ 8. Zwischenfälle bis zum Eintritt der Genehmigung in der Person eines der Betheiligten.

I. In der Person des Vertretenen.

1. Nach römischem Recht.

Da die Genehmigung ein Rechtsgeschäft ist, so müssen in der Person des Genehmigenden auch alle Voraussetzungen

eines solchen, namentlich Handlungsfähigkeit zur Zeit der Genehmigung vorhanden sein.

»Die Genehmigung ratificirt zwar ex tunc, aber deswegen ist sie nicht selbst ex tunc, vielmehr so nothwendig, wie das Geschäft, welches ratificirt wird, ein Kind der Zeit, in welcher sie vor sich geht« (Brinz IV S. 381). Andererseits ist es unerheblich, ob der Principal zur Zeit der Gestio oder in der Zwischenzeit bis zur Genehmigung handlungsunfähig gewesen ist.

Die Frage nach dem Einfluss des Todes oder die Vererblichkeit der Genehmigung ist nach römischem Recht bestritten. Gegen die Vererblichkeit spricht zunächst nicht l. 7 D 46, 8. Es steht hier ein höchst persönliches Recht in Frage: Delation einer Erbschaft. Da diese unvererblich ist, kann auch die Ausübung des Delationsrechtes: Agnition der bonorum possessio Seitens des vollmachtslosen Stellvertreters nicht durch Erben genehmigt werden.

Von Bedeutung ist aber trotz der Opposition Regelsberger's (Krit. Vierteljahrschr. XI S. 367) l. 18 D 46, 8, in welcher ein Genehmigungsrecht der Erben ohne Weiteres vorausgesetzt wird, sowie l. 58 § 1 D 46, 3:

»si creditor, cujus ignorantis procuratori solutum est, arrogandum se dederit, sive ratum habuit pater, rata solutio est, sive non habuit, repetere debitor potest.«

Auch hier wird vorausgesetzt, dass der pater arrogans die an den procurator des filius arrogatus gezahlte Summe genehmigen könne. Der bei der Arrogation eintretenden Universalsuccession steht die Rechtslage des in den Nachlass succedirenden Erben gleich.

Ergiebt sich schon aus den angeführten Stellen die Wahrscheinlichkeit, dass die Römer die Vererblichkeit des Rechtes zur Genehmigung anerkannt haben, so folgt dieselbe insbesondere noch aus allgemeinen Erwägungen.

2. Das Bürgerliche Gesetzbuch.

Von der Nothwendigkeit, auf den Grund der Vererblichkeit zurückzugehen, entbindet auch nicht das Bürger-

liche Gesetzbuch. Zwar enthielt E. I § 123 Abs. 4 die Bestimmung: »Stirbt der Vertretene ohne genehmigt zu haben, so wird hierdurch in den Rechtsverhältnissen nichts geändert.« Diese ist im 2. Entwurf gestrichen in der Erwägung, »dass der darin enthaltene Rechtssatz, soweit er richtig sei, eines besonderen Ausdrucks nicht bedarf, dass er aber unter Umständen unrichtig sei, z. B. dann, wenn der Vertrag in Folge des Todes des Vertretenen gegenstandslos geworden sei« (Prot. II Bd. I S. 156). Gegenstandslos ist der Vertrag des vollmachtslosen Vertreters durch den Tod des Vertretenen sicher dann geworden, wenn ein höchstpersönliches Recht (s. o.) in Frage steht, jedenfalls auch, wenn G und T das Genehmigungsrecht auf die Person des D beschränkt haben.

Im Uebrigen wird die Vererblichkeit des Ratihabitionsrechtes als Regel anzunehmen sein. Sie entspricht der Rechtslage, wie auch dem Willen der Beteiligten, wenn es sich um Ausübung eines in der Person des Vertretenen bereits begründeten Forderungsrechtes durch G handelt (Einkassirung einer Forderung des D und Genehmigung durch die Erben), wenn also, nach Mitteis S. 229 ff., ein objectives Negotium, d. h. Ausübung eines nur dem Eigenthümer als solchen zustehenden Rechtes, in Frage steht. Im Uebrigen spräche die Vermuthung dafür, führt Mitteis weiter aus, dass der Wille des Gestor, dem Dominus einen Vermögensvortheil zuzuwenden, sich auf die Person des Vertretenen beschränke. Sollte er dies auch gelten lassen, wenn G und T, ohne die Wirkung des Vertrages ausdrücklich auf die Person des Vertretenen zu beschränken, in Unterstellung der Vollmacht contrahirt haben?

Aber auch in dem anderen Falle, wo G für D erst ein Recht begründen wollte, es sich daher für die Erben nur um die Exspectanz eines Rechtes handelt, ist der Uebergang des Genehmigungsrechtes unbedenklich. Denn es ist eine petitio principii, dass der Erbe nur in erworbene Rechte succedire, dass Erwerbsmöglichkeiten nicht Gegen-

stand der Erbschaft bilden könnten (Buchka S. 212, Curtius, Arch. f. civ. Praxis, Bd. 58 S. 107).

II. In der Person des Gestor und des dritten Contrahenten.

1. Nach römischem Recht.

In demselben Ausspruch, der, wie wir sehen werden, für den Standpunkt der Sabinianer in der Rückziehungsfrage bedeutsam ist (l. 24 D 46, 8), fordert African für die Genehmigung der Agnition einer bonorum possessio Vorhandensein von res integra, »quo adhuc in ea causa sit, ut peti possit«. Er wirft dann die Frage nach dem Einfluss des Todes oder Wahnsinns in der Person des Gestor auf die Genehmigungsmöglichkeit auf und leugnet einen solchen mit den Worten:

> »sed illud consequens futurum etiam si paeniteat illum petiisse ratum haberi non posse, quod utique sit absurdum. Rectius itaque dicitur neutram eorum causam impedire ratihabitionem.«

Er hält demnach Tod oder Wahnsinn für ebenso unerheblich, wie einen Rücktritt des Gestor. Desgleichen erklärt Paulus in l. 23 D 3, 5 den Rücktritt des dritten Contrahenten für einflusslos: »potest tamen creditor etiam invito me ratumhabando pecuniam suam facere, quia procurator in accipiendo creditoris dumtaxat negotium gessit.«

Selbst wenn T die an G gezahlte Summe (G ist ausnahmsweise hier nicht Eigenthümer des gezahlten Geldes geworden, Zimmermann S. 277 not. 370) zurückfordern wollte, kann D durch Genehmigung noch Eigenthümer des Geldes werden. Was hier von Dispositionen des Gestor gilt, dürfte in gleicher Weise auch von rein obligatorischen Rechtsgeschäften (Begründung einer Schuldverbindlichkeit) das römische Recht haben gelten lassen. Die genannte Stelle erhält aber erst durch l. 58 pr. D 46, 3, welche Zimmermann § 19 in befriedigender Weise erklärt hat, die rechte Beleuchtung. Es wird hier unterschieden, ob

die Solutio seitens des T in Unterstellung der Vollmacht oder im Bewusstsein des Vollmachtsmangels des G, demnach in Erwartung der Genehmigung, erfolgt sei: »priore casu confestim posse condici procuratori et tunc demum exstingui condictionem, cum dominus ratum habuisset, posteriore tunc demum nasci condictionem, cum dominus ratum non habuisset.« Im Gegensatz zu l. 23 cit. ist hier der Gestor Eigenthümer des Geldes geworden — sonst könnte nicht condicirt werden; — er ist demnach zwar Stellvertreter in der solutio, aber nicht in der traditio.[1])

Im ersten der obigen Fälle wird dem Dritten das Rücktrittsrecht, sobald er Kenntniss vom Vollmachtsmangel erhält, gewährt und erlischt erst mit dem Eintritt der Genehmigung. Im zweiten Fall ist das Recht des Rücktritts dem Dritten versagt, und lebt erst dann auf, wenn D die Genehmigung verweigert hat. Die Annahme, dass l. 23 cit. nur von diesem letzteren Fall, d. h. der offenen negotiorum gestio, handle, ist bei der nur cursorischen Behandlung des Themas hier unbedenklich. Die Mehrzahl der gemeinrechtlichen Schriftsteller lässt freilich ohne die von Zimmermann auf Grund der l. 58 pr. cit. gemachte Unterscheidung den Dritten schlechthin gebunden sein (cf. Windscheid § 74 Anm. 4a). Andererseits hat man die Bedeutung dieser Stelle dadurch abzuschwächen versucht, dass man behauptete (Hellmann S. 121), die Möglichkeit eines Rücktritts stünde hier gar nicht in Frage, vielmehr handle die Stelle nur von der Rückforderung dessen, was ohne Grund geleistet worden sei. Wäre dies der Fall, so ist nicht einzusehen, warum im ersten der oben genannten Fälle die condictio mit erfolgter Genehmigung versagt, im zweiten erst mit verweigerter Genehmigung gegeben wurde. Hellmann selbst erklärt den Rücktritt dann für unmöglich, wenn er identisch sei mit der Beseitigung eines Factum. Er verbietet daher den Rücktritt des G und ge-

[1]) Ueber die Combinationen, die möglich sind, wenn bei der Stellvertretung ein obligatorisches Rechtsgeschäft mit einem Erfüllungsgeschäft zusammentrifft, cf. Ihering's Jahrb. I S. 309—310.

stattet den des T, »denn seine Willenserklärung ist dem Vertretenen gegenüber eine Offerte, die so lange durch seine Willenserklärung wirkungslos gemacht werden kann, als es bei der Offerte überhaupt möglich ist« (S. 124). Ebenso Ruhstrat Jahrb. X S. 216 ff. Es leuchtet nicht ein, weshalb die Willenserklärung des T weniger »Factum« als die des G sein sollte; dass die Auffassung des Verhältnisses als Offerte nicht zutreffend ist, ist bereits oben ausgeführt.

Nach den Grundsätzen über die Offerte lässt auch Theorie und Praxis des Preussischen Landrechts den Dritten bis zum Einlaufen der Erklärung des Vertretenen gebunden sein (Dernburg I § 116 Anm. 1, Rehbein u. Reincke Anm. 63 zu § 143 I 13 A. L. R.). Daraus würde folgen, dass der dritte Contrahent erst von dem Augenblick, wo der Vertretene von der Willensäusserung des T Kunde erhalten hat, gebunden ist, so dass G durch Nichtüberbringen der Offerte den Rücktritt des T ermöglichen kann. R. G. XVII, 18 (für das rheinische Recht). l. 58 pr. cit. entspricht durchaus dem heutigen Rechtszustand.

Die Gebundenheit des Gestor und des Dritten ergiebt sich auch vom Standpunkt der Repräsentationstheorie, sowie bei einer Untersuchung des Grundes dieser Gebundenheit von selbst. Darüber in Folgendem:

2. Das Bürgerliche Gesetzbuch.

a) Einseitiger Rücktritt des T vom Vertrage.

Nach der Repräsentationstheorie haben die Parteien den Vertrag in allen Theilen vollendet, sie haben gemäss der unten darzulegenden Bedeutung der Rückwirkung den Grund für die durch Genehmigung bloss aufzuklärende Rechtswirkung gelegt. Der dritte Contrahent ist an den Vertrag sofort bei Abschluss desselben mit dem vollmachtslosen Vertreter gebunden, wenn auch gegenwärtig noch nicht zu einer Leistung verpflichtet. Es ist (nach Ihering Jahrb. X S. 461 not. 80) eine secundäre Obligation, welche durch den principalen Obligationszweck zwar hervorgerufen,

aber von dem Zustandekommen der intendirten Obligation unabhängig ist.[1])

Ein ähnliches Resultat ergiebt sich, wenn man die Willensrichtung des T berücksichtigt. Wenn trotz Erklärung des Gestor, Vertretungsmacht nicht zu besitzen, der dritte Contrahent sich gleichwohl mit ihm eingelassen hat, so kann sein Wille, so lange gebunden sein, bis D Genehmigung ertheilt oder verweigert, vermuthet werden. Anders wenn G sich als bevollmächtigt ausgegeben hat. Möglicherweise verstand T sich hier nur deshalb zum Vertragsschlusse, weil er an das Vorhandensein der Vollmacht glaubte, ein sofortiges Zustandekommen des Vertrages in der Person des D annahm. Eine Vermuthung dafür, dass T bis zur Genehmigung gebunden sein will, besteht hier nicht (so auch Mot. I S. 243).

In dem Auftreten als Vertreter, dem Contrahiren in fremdem Namen, wird stets die Behauptung liegen, Vollmacht zu haben, das Rücktrittsrecht des Dritten daher die Regel bilden (Planck zu § 178). Dementsprechend bestimmt § 178 B. G. B. (analog § 109):

»Bis zur Genehmigung des Vertrages ist der andere Theil zum Widerrufe berechtigt, es sei denn, dass er den Mangel der Vertretungsmacht bei dem Abschlusse des Vertrages gekannt hat. Der Widerruf kann auch dem Vertreter gegenüber erklärt werden.«

Diesem Inhalt entsprechen E. I § 123 Abs. 2:

»So lange die Genehmigung nicht verweigert ist, kann der andere Vertragschliessende auch mit Zustimmung des Vertreters von dem Vertrage nicht zurücktreten.«

---

[1]) Hieraus folgt, dass Handlungsfähigkeit in der Person des G und T zur Zeit des Abschlusses des Vertrages vorhanden sein muss, ein späterer Wegfall derselben bedeutungslos ist. Eine durch Zweckmässigkeitzgründe für beschränkt geschäftsfähige Personen geforderte Ausnahme macht B. G. B. § 165, da ja der Vertreter in der Regel von den Wirkungen des durch ihn abgeschlossenen Vertrages unberührt bleibt.

§ 124 ib.: »Hat der Vertreter bei Schliessung des Vertrages nicht kundgethan, dass er ohne Vertretungsmacht sei, so kann der andere Vertragschliessende, so lange der Vertretene die Genehmigung nicht ertheilt hat, von dem Vertrage zurücktreten, es sei denn, dass er den Mangel der Vertretungsmacht gekannt hat.«[1])

Nach der gegenwärtigen Fassung, sowie nach der des gleichlautenden § 145 Abs. 2, E. II, gestaltet sich die Beweislast anders wie nach dem ersten Entwurf. Während hier der Dritte ausser dem Rücktritt noch behaupten und beweisen musste, dass der Vertreter bei Schliessung des Vertrages nicht kundgegeben hat, dass er ohne Vertretungsmacht sei, genügt jetzt die blosse Behauptung des Rücktritts, welcher regelmässig in Anstellung der Klage liegen wird. Die Thatsache, dass der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht kundgegeben hat, d. h. dass der Dritte den Mangel der Vertretungsmacht gekannt hat, ist Gegenstand des Gegenbeweises. Diese Umkehrung der Beweislast dürfte gerecht sein. Denn wenn es richtig ist, dass in jedem Contrahiren in fremdem Namen die Behauptung liegt, Vertretungsmacht zu haben, so hat der Dritte in allen Fällen, wo der Vollmachtspunkt nicht zur Erörterung gekommen ist, die Vermuthung der Nichtkenntniss des Vollmachtsmangels für sich.

b) Rücktritt des Gestor und Aufhebungsvertrag.

Aus dem oben angeführten Grunde, dass durch die Gestio für den Vertretenen eine feste Rechtsposition ge-

[1]) Es fällt auf, dass § 123 Abs. 2 und § 124 nicht in einem ausschliessenden Verhältniss stehen. Es erklärt sich dies aus der Entstehung des § 123, welcher anfänglich nur für den Fall galt, dass der Vertreter sich als negotiorum gestor zu erkennen gegeben hatte; hier passte die Bestimmung des Abs. 2. Später, in der Sitzung vom 19. December 1881 (Prot. I S. 253 ff.), wurde der § 123 auch auf den Fall ausgedehnt, dass der Vertreter sich als bevollmächtigt ausgegeben hatte. Jetzt war der Abs. 2 nicht mehr am Platze, vielmehr eine Vereinigung mit § 124 angebracht. Gleichwohl blieb (aus Versehen?) bei der Redaction der betreffende Absatz stehen.

schaffen ist, ist der Gestor nicht in der Lage, einseitig oder durch Vertrag mit dem Dritten den einmal geschlossenen Vertrag wieder aufzuheben. (So auch für das gemeine Recht Seuff. Arch. XLV 15, entgegengesetzt, da der zweite Vertragswille fehle, VII 273 ib.) Gleichwohl ist die Bestimmung des E. I § 123 Abs. 2, welcher einen Aufhebungsvertrag ausdrücklich verbot, im B. G. B. gestrichen worden. Schon für das gemeine Recht hatte Mitteis (S. 122) darauf hingewiesen, dass jeder Gestor die Stellung eines Generalbevollmächtigten habe, daher, wie dieser, jeder Zeit die Richtung seiner Gestio verändern, d. h. den Dritten von seiner Verpflichtung wieder entbinden könne. Gegen Missbrauch schütze den Dominus die actio negotiorum gestorum directa. Es hatte ferner Zitelmann (nach dem Vorgange von Kohler, Grünhut's Zeitschrift VII S. 742—745), Beiträge I S. 52—55, II S. 126—128, ausgeführt, das Verbot des Rücktrittsvertrages sei praktisch wirkungslos, denn es müsste, wie dem Minderjährigen, so auch dem vollmachtslosen Stellvertreter freistehen, unter Beibehaltung des ersten Vertrages die Wirkungen desselben durch entgegengesetzte Rechtsgeschäfte wieder aufzuheben (Erlassvertrag). Jeder einzelnen Gestio gegenüber habe dann der Dominus die Wahl Genehmigung zu ertheilen oder zu verweigern. Daraus ergebe sich als Princip, dass ein einseitiger oder vertragsmässiger Rücktritt vom ersten Vertrage (des G oder G und T) dieselbe Wirkung haben müsse, die er haben würde, wenn er nach der Genehmigung des ersten Vertrages erfolgt wäre (S. 55). In der zweiten Commission (Prot. II Bd. I S. 156, 172) wurden mehrere Anträge gestellt, dass unter bestimmten Voraussetzungen die Genehmigung sich auf sämmtliche vom Vertreter vorgenommenen Rechtsgeschäfte erstrecken müsse, dass hier der Dominus nicht dem einen (rechtsbegründenden) seine Genehmigung ertheilen, dem anderen (rechtsaufhebenden) sie versagen dürfe. Diese Anträge wurden indes, da man sich über die Voraussetzungen nicht einigen konnte, abgelehnt. Die Erstreckung der Ge-

nehmigung auf sämmtliche vom Gestor vorgenommenen Rechtshandlungen (also auch auf Kündigungen, Erlass-Aufhebungsverträge), eine untheilbare Genehmigung kann einem Bedenken dann nicht unterliegen, wenn die einzelnen Vertretungshandlungen in einem besonders engem Zusammenhang untereinander stehen, z. B. wenn, nachdem in dem ersten Vertrage das Kündigungsrecht des Gestor ausgemacht worden ist, die Kündigung später erfolgt. Eine stillschweigende Vereinbarung dieses Inhalts wird sich häufig aus den Umständen ergeben, z. B. wenn der Gestor als Generalbevollmächtigter aufgetreten ist und der Dritte ihn als solchen erkannt hat (Planck § 180 not. 2).

Cap. IV. Die Wirkungen der Genehmigung, insbesondere die Rückwirkung.

§ 9. Im römischen Recht.

Die Rückziehung der Genehmigung verordnete Justinian in l. 7 pr. C. 4, 28:

»cum nostra novella lege et generaliter omnis ratihabitio prorsus trahitur et confirmat ea ab initio quae subsecuta sunt«,

ferner in l. 25 § 2 C. 5, 16:

»sicut et alias ratihabitiones negotiorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt. Nec in ceterum subtilem divisionem facti vel juris introduci posse«.[1])

Dass schon im älteren römischen Recht Streitfragen über die Rückwirkung bestanden haben, geht sowohl aus

[1]) Bei der allgemeinen Fassung jener Sätze ist es unzweifelhaft, dass sie auch auf Genehmigung einer vollmachtslosen Stellvertretung sich beziehen sollen, d. h. in dem von den Römern verstandenen Sinne. Zweifel sind bezüglich l. 25 cit. entstanden, ob in ihr auch die allgemeine Zulässigkeit der Bestätigung nichtiger Rechtsgeschäfte zum Ausdruck kommen oder nur ein einzelner Convalescenzfall statuirt werden sollte (Windscheid I § 83 Anm. 10, B. G. B. § 141).

dem letzten Satz in l. 25 § 2 C. cit., wie aus der Wendung: »veterum ambiguitates decidentes« (l. 7 pr. cit.) hervor. Es ist hier der Ort, auf den Gegensatz in l. 25 § 1 D 46, 8 und l. 71 § 1 D 46, 3 zurückzukommen.

Der älteste Vereinigungsversuch dieser Stellen rührt von Cuiacius Bd. I 1367 (Neap. 1758) her: »priore enim casu (l. 25 § 1 cit.) ratihabitio prorsus inutilis est, posteriore (l. 71 § 1 cit.) utilis est in hoc, ut debitor principalis liberetur, qui non erat tempore liberatus. Ihm haben sich die meisten gemeinrechtlichen Schriftsteller angeschlossen (Seuffert S. 33 ff., Brinz IV § 583 Anm. 12, Hellmann S. 141, Regelsberger I S. 597 Anm. 7). Cuiacius übersieht jedoch, dass in l. 71 § 1 cit. der Bürge »ex causa fidesussionis« gezahlt hat und dass für die Bürgschaftsschuld eine bestimmte Frist gesetzt war. Willkürliche Unterscheidungen tragen auch folgende Erklärungen in die bezeichneten Stellen hinein. Ruhstrat, Ihg. Jahrb. X S. 230, XIX S. 278, behauptet, dass l. 71 § 1 cit. von »einem durch seine Einmischung in die negotia domini zur Verwaltung verpflichteten Gestor«, einem generellen Gestor handle, in l. 25 § 1 cit. von einem speciellen Gestor die Rede sei, dort schon die Thatsache der gestio die actio directa des Dominus auf Herausgabe begründe, G demnach dem condicirenden T gegenüber einwenden könne, dass er dem D bereits zur Herausgabe verpflichtet sei, hier erst die Genehmigung diese Wirkung hervorbringe, so dass T, da seine Schuld zur Zeit der Genehmigung bereits untergegangen sei, die condictio gegen G habe.

Bekker II S. 226 und Mitteis S. 263 sehen in der Zahlung in l. 71 § 1 cit. eine die Verjährung unterbrechende Anerkennung der Schuld. Da eine neue Verjährungsfrist zu laufen begönne, wird angenommen, sei zur Zeit der Genehmigung die Verjährung der Schuld noch nicht eingetreten.

Diese Vereinigungsversuche lassen sich noch um weitere vermehren; aber schon aus den angeführten dürfte ersichtlich sein, dass auf dem Wege dogmatischer Er-

klärung zu einem befriedigenden Ziele zu gelangen unmöglich sei.

Betrachten wir die l. 25 § 1 cit. in Verbindung mit der ebenfalls von African herrührenden l. 24 l. c., so ergiebt sich als der Standpunkt des African: nam si in universum perinde haberi debet, ac si tunc, cum ratumhabeat, per eum bonorum possessionem petat frustra his casibus ratumhabetur. (Es ist hier von der Genehmigung einer durch den Gestor vorgenommenen Agnition einer bonorum possessio nach Ablauf der Delationsfrist die Rede.) Da African die Handlung des Gestor als im Moment der Genehmigung wiederholt betrachtete, demnach in diesem Zeitpunkte das Vorhandensein aller Voraussetzungen des vom Gestor abgeschlossenen Rechtsgeschäfts verlangte (die in l. 24 besprochenen Ausnahmen kommen hier nicht in Betracht), konnte er eine Rückwirkung nicht anerkennen. Die Entscheidung in l. 25 § 1 cit. konnte daher nur so, wie geschehen, ausfallen. Bei der Annahme einer absoluten Rückwirkung hingegen ist der Ablauf der Frist gleichgiltig (l. 71 § 1 cit.).

Als Princip des Celsus ergiebt sich aus dieser Stelle: die Genehmigung bewirkt die Confirmation des früheren Geschäfts, die Voraussetzungen desselben bemessen sich nach dem Zeitpunkte der Gestio. Zimmermanns Ausführungen (§ 18) haben es nun sehr wahrscheinlich gemacht, dass in der Ansicht des African einerseits, des Celsus andererseits der alte Schulgegensatz der Sabinianer und Proculianer zum Ausdruck komme.

Auf dem Africanischen Standpunkt steht der Sabinianer Julian im l. 58 pr. D 46, 3: »cum dominus ratumhabuerit tunc liberari.«

Dass endlich der sabinianische Satz: ratihabitionem mandato comparari bezüglich des inneren Verhältnisses zwischen Dominus und Gestor nicht ein mandatum praeteritum, — wie bis Zimmermann allgemein angenommen wurde, — sondern ein mandatum praesens im Auge hatte, scheint l. 60 D 50, 17: »sed et si quis ratum-

habuerit, quod gestum est, obstringitur mandati actione« zu ergeben.[1])

Die mit vielem Scharfsinn durchgeführte Ansicht Zimmermann's hat bei Windscheid § 74 Anm. 6, Karlowa S. 62, Fein, Arch. f. civil. Praxis XXVI S. 179—181, Bertolini S. 82 Anklang gefunden.

Die Rückwirkungsfrage, nach der Weise der römischen Juristen hier in casuistischer Manier behandelt, bildet auch in den theoretischen Erörterungen der neueren Juristen Gegenstand des Streites. Denn wenn auch der Satz: »Die Genehmigung hat rückwirkende Kraft« unbestritten ist, so werden hinsichtlich des Wesens der Rückwirkung noch die verschiedensten Ansichten vertreten.

§ 10. Der Rückwirkungsbegriff.

Das Bürgerliche Gesetzbuch § 184 Abs. 1:

»Die nachträgliche Zustimmung (Genehmigung) wirkt auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück, soweit nicht ein anderes bestimmt ist«

constatirt nur die Rückwirkung, ohne auf den Begriff selber einzugehen.

Unter denen, die sich mit dem Rückwirkungsbegriff, insbesondere bei der Genehmigung beschäftigen, kann man im Wesentlichen 3 Richtungen unterscheiden:

1. Solche, die ihn überhaupt leugnen;[2])

2. solche, die die Rückwirkung auf den Parteiwillen, entweder den des Vertreters und des dritten Contrahenten

---

[1]) Ueber die mannigfaltigen Versuche, auf dogmatischem Wege die genannte Quellenstelle mit l. 8 D 3, 5 in Einklang zu bringen und die hierbei sich ergebenden Schwierigkeiten, darüber vergl. Seuffert S. 49—53, Griesinger S. 60 ff. Da dieselben nur von den Beziehungen zwischen Dominus und Gestor handeln, soll hier nicht näher auf sie eingegangen werden.

[2]) Da diese Richtung nur wenige Vertreter zählt, dürfte der oben aufgestellte Satz bezüglich der allgemeinen Anerkennung der Rückwirkung keinen Widerspruch bilden.

oder des Ratihabenten und des dritten Contrahenten gründen, d. h. eine Fiction der Rückwirkung annehmen;

3. solche, welche einen allgemeinen, überall durchgreifenden Rückwirkungsbegriff construiren: ex regula jus.

Den Rückwirkungsbegriff leugnet überhaupt Girtanner: »omnis effectus, qui tribuitur legibus facto cuicunque, non prius existit, quam exstat factum ipsum;« ein solches factum sei auch die Genehmigung. Nur bei Obligationen könnten die Parteien, d. h. D und T, eine, jedoch nicht über die Parteien hinaus wirksame Rückwirkung der Genehmigung vereinbaren (S. 39). Mit dieser Ansicht setzt sich Girtanner, abgesehen von der willkürlichen Unterscheidung, mit klaren Aussprüchen der Quellen in Widerspruch.

Auch Dernburg, Pfandrecht I S. 207 scheint die Rückwirkung zu leugnen. Der Sinn der Retrotraction sei keineswegs der, »den Zeitpunkt der Convention mit dem negotiorum gestor zum Augenblick des Geschäftsschlusses und der Perfection zu stempeln«, das ratihabirte Geschäft schöpfe vielmehr nur seinen Inhalt und Umfang aus dem alten und gehe insofern auf dasselbe zurück. Er erkennt demnach eine Rückwirkung nur hinsichtlich des Umfanges des Rechtsgeschäfts an und macht diese von dem Willen des Ratihabenten abhängig (S. 230). Damit nähert er sich bereits den Vertheidigern einer auf den Parteiwillen begründeten Rückwirkung.

Den Parteiwillen, und zwar den des Ratihabenten, lassen für die Rückwirkung, auch hinsichtlich des Datums des Rechtsgeschäfts, massgebend sein Savigny IV S. 558, Puchta, Vorlesungen II S. 116. In anderer Weise gründet Mitteis die Rückwirkung auf den Parteiwillen. Die Rückwirkung, führt er aus (S. 243), ergebe sich aus der der Genehmigung vorhergehenden mittlerweiligen Gebundenheit bezw. dem dieselbe erzeugenden Parteiwillen, sie sei nur ein Correlat der mittlerweiligen Gebundenheit. »Die Rückwirkung der Ratihabition beruht also lediglich auf dem Willen der Parteien bei Vornahme der stellvertretenden negotiorum gestio« (S. 244). Der Vertreter und der Dritte

könnten daher die Rückwirkung ausschliessen, nicht aber der Principal (S. 245). Es sei in jedem einzelnen Falle zu prüfen, ob die Parteien (G und T) bei Vornahme der Gestio sie beabsichtigt haben oder nicht (Anm. 307).

Nach diesen Theorien würden die Fälle verschieden zu behandeln sein, je nachdem die Parteien in Unterstellung der Vollmacht (Rückwirkung) oder in Erwartung der Genehmigung (Fortfall der Rückwirkung) contrahirt haben. Es würde ferner aus dem auf Rückwirkung gerichteten Willen der Parteien bezw. des Ratihabenten nur die Verpflichtung folgen, sich so behandeln zu lassen, als ob die Genehmigung im Augenblick der Gestio erfolgt sei, d. h. nur eine obligatorische Rückwirkung zwischen den Contrahenten eintreten. Würde man dem Gesetze diesen Sinn unterlegen, so würde die ganze Rückwirkung auf eine Fiction hinauskommen, es würde etwas, was nicht ist, als wirklich hingestellt werden. (Für die Fiction Seuffert S. 71, Hellmann S. 114, Buchka S. 211, auch hinsichtlich aller Rückziehungen R. Leonhard, In wie weit giebt es nach den Vorschriften der deutschen Civilprocessordnung Fictionen? S. 17, der aber in den Fictionen blosse Ausdrucksformen sieht.) Fictionen sind aber stets etwas Missliches, sie enthalten das Zugeständniss, dass sich etwas auf natürlichem Wege nicht erklären lässt, sie suchen eine durch Zweckmässigkeitsgründe geforderte Wirkung durch dieses Kunstproduct juristischer Reflexion zu erklären.

Dass das Bürgerliche Gesetzbuch die Rückwirkung nicht in dem hier bezeichneten Sinne hat verstehen wollen, dafür dürfte einen Beweis die Fassung der §§ 158, 159 geben, deren Heranziehung sich deshalb rechtfertigt, weil die Erörterungen über die Rückwirkung zumeist von dem Rückwirkungsbegriff bei der erfüllten Bedingung ausgehen.

Den im bisherigen Recht herrschenden Zweifel, ob in einer bedingten Willenserklärung eine betagte zu finden sei, hat B. G. B. § 158 Abs. 1 in bejahendem Sinne entschieden, demnach den Ausschluss der Rückwirkung bestimmt.

Eine Ausnahme macht nur § 159:

»Sollen nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts die an den Eintritt der Bedingung geknüpften Folgen auf einen früheren Zeitpunkt zurückgezogen werden, so sind im Fall des Eintritts der Bedingung die Betheiligten verpflichtet, einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn die Folgen in dem früheren Zeitpunkt eingetreten wären.«

Was bedeutet dieses anderes, als dass, wenn die Absicht der Parteien, die Rückziehung gewollt zu haben, sich aus den Umständen ergiebt, eine obligatorische Verpflichtung der Parteien, d. h. eine Fiction der Rückziehung in dem oben bezeichneten Sinne stattfindet? Gerade darin, dass hier die Rückwirkung in der von den Anhängern der Richtung zu 2 verstandenen Bedeutung in den Worten des § 159 umschrieben, der Ausdruck Rückwirkung überhaupt vermieden ist, hingegen in § 184 der allgemeine Ausdruck Rückwirkung gebraucht ist, liegt ein Anzeichen dafür, dass mit jedem Falle das Gesetz einen verschiedenen Sinn hat verknüpfen wollen.

Allerdings enthielt der Theilentwurf in § 119, letzter Satz, die Bestimmung:

»Das Rechtsgeschäft wird nach den Regeln über aufschiebend bedingte Rechtsgeschäfte beurtheilt;«

doch die Motive I S. 242 bemerken ausdrücklich, dass die Regelung, wie sie hinsichtlich der Wirkung der erfüllten Bedingungen eintrete, hier weder »der Absicht der Parteien, noch dem Bedürfnisse des Verkehrs gerecht« werde.

Wenn wir daher nach einem andern Rückwirkungsbegriff suchen, so bietet uns die Fitting'sche Theorie, welcher sich Brinz (§§ 536, 583) und in eigenthümlicher Form Zimmermann §§ 11 und 12 angeschlossen haben, eine werthvolle Stütze.[1])

[1]) Fitting hat zum ersten Mal in seiner Schrift: „Ueber den Begriff der Rückziehung" für mehrere in den Quellen genannte Rückwirkungsfälle (Bedingung, Vindicationslegat u. s. w.), — den Fall der Genehmigung erwähnt er nicht. — einen allgemeinen, wie dem Verfasser scheint, auch hier brauchbaren Rückwirkungsbegriff aufzustellen versucht.

Die Genannten gehen davon aus, dass das Rechtsverhältniss, für welches die Gestio den Grund gelegt hat, bis zur Genehmigung in der Schwebe, in pendenti, sei. Die Genehmigung hellt auf, ob das Rechtsverhältniss von Anfang an bestanden oder nicht bestanden hat, sie ist »ex his, quae postfactis in praeteritum quid fuerit declarent« (l. 98 § 3 D 46, 3; l. 15 D 34, 5). Nicht Existenz oder Nichtexistenz des Rechtsverhältnisses, sondern nur die darüber herrschende Ungewissheit, die als allgemein menschliche eine absolute ist, wird durch die Genehmigung entschieden. Darüber hinaus geht Zimmermann (S. 201): »Die die objective Ungewissheit hebende Thatsache hat nicht blos die Function (allgemeine) Aufklärung über den vergangenen Zustand zu bewirken. Sie ist zugleich ein rechtliches Erforderniss des durch sie klargelegten wahren Zustandes; mit anderen Worten sie deckt diesen Zustand nicht nur auf, sondern bestimmt ihn zugleich, ist Coefficient seiner rechtlichen Existenz.« Zimmermann gesteht zu, dass diese Ausnahme von dem Causalitätsgesetz ein der Rechtsordnung eigenthümlicher Zustand sei, welche kraft ihrer souveränen Gewalt die Voraussetzungen für bestimmte Rechtswirkungen wie in die Vergangenheit so auch in die Zukunft verlegen könne. Damit gelangt er jedoch ebenfalls zu einer Fiction der Rückwirkung. Die Fitting'sche Formulirung dürfte vielmehr für das vorliegende Rechtsverhältniss vollständig genügen: der Grund für das Rechtsverhältniss (dingliches, obligatorisches Recht, Besitz) ist durch die Gestio gelegt, die Genehmigung ist aufklärende Thatsache. Soll nun ein Schwebezustand auch bei den Ansprüchen, in welchen die Rechte gipfeln, stattfinden?

Ein Schwebezustand ist hier nicht möglich. Denn wenn es ungewiss ist, ob ich mein Recht im Processwege verfolgen kann oder nicht, so bin ich zunächst nicht in der Lage, es geltend zu machen. Ansprüche und Einreden entstehen daher erst mit der Genehmigung; jedoch kann es »nach der Entstehung eines Anspruchs so gehalten werden, als ob er schon früher bestanden hätte« (S. 207 ib.).

Hier findet demnach eine Fiction der Rückwirkung, ein »Rückwirkungssurrogat« statt.

Da die Rechtsverhältnisse nur in unserer Vorstellung existiren, da, wo sie in die Erscheinung treten, als Ansprüche, Einreden sich darstellen, bezüglich dieser ein Schwebezustand, wie wir gesehen, nicht möglich ist, so ergiebt sich allerdings als praktische Folge unserer Theorie, dass auch vor der Genehmigung es so gehalten werden muss, als ob noch keine Veränderung in dem bisherigen Rechtszustand eingetreten sei.

§ 11. Folgen der Rückwirkung und Ausnahmen.

Durch die Genehmigung gilt das genehmigte Rechtsgeschäft als von Anfang an wirksam, d. h. Datum wie Inhalt und Umfang des Rechtsgeschäfts bestimmen sich nach dem Zeitpunkt der Gestio. Wenn G eine Sache des D zuerst dem A, dann dem B verpfändet hat, und D genehmigt beide Pfandrechte, so ordnen sich dieselben nach dem Zeitpunkt der Bestellung durch G. Ist ein Vermögenscomplex verpfändet worden, so gilt er nur in dem Umfang, welchen er zur Zeit der Stellvertretungshandlung hatte, verpfändet; hinzukommende Gegenstände gelten nicht als mitverpfändet.

Die Rückwirkungsvorschrift ist dispositiver Natur; denn nach der Clausel im § 184 Abs. 1 können die Contrahenten die Rückwirkung ausschliessen.

Gesetzlich von der Rückwirkung ausgeschlossen sind nach § 184 Abs. 2 B. G. B.:

1. Verfügungen, die vor der Genehmigung über den Gegenstand des Rechtsgeschäfts von dem Genehmigenden getroffen werden;
2. im Wege der Zwangsvollstreckung,
3. der Arrestvollziehung,
4. durch den Concursverwalter erfolgte.

Als Verfügung ist nach B. G. B. dasjenige Rechtsgeschäft zu bezeichnen, durch welches unmittelbar Rechte übertragen, belastet, geändert und aufgehoben werden (Planck S. 148

No. 4), z. B. wenn D eine durch G an T vorgenommene Verpfändung seiner Forderung, nachdem er selbst sie an Quartus cedirt hat, noch genehmigen will, so ist diese Genehmigung unwirksam. Hingegen geht die Genehmigungsbefugniss nicht verloren, wenn die von D und G getroffenen Verfügungen mit einander vereinbar sind; G cedirt an T die Forderung des D, D verpfändet dieselbe Forderung an Quartus. Genehmigt nachher D die Cession des G, so geht die Forderung des D nur als eine mit dem Pfandrecht des Quartus belastete über.

Dieses praktisch nothwendige Resultat steht mit dem Rückwirkungsprincip in Widerspruch. Denn nimmt man die Rückwirkung der Genehmigung an, so ist Dominus trotz der inzwischen von ihm selbst getroffenen Verfügung zur Genehmigung berechtigt, da zur Zeit der Gestio er noch die Verfügung über die Sache hatte. Man wird aber, ebenso wie das Vorhandensein der Handlungsfähigkeit so auch das der Verfügungsfähigkeit in der Person des D zur Zeit der Genehmigung verlangen müssen. Sie fehlt ihm, nachdem er selbst sich der Verfügung beraubt hat.

Um die Verfügungen zu Gunsten Dritter aufrecht erhalten zu können, hatte Theilentwurf § 119 letzter Satz und S. 186 eine den Bestimmungen über aufschiebend bedingte Rechtsgeschäfte analoge Regelung vorgeschlagen.[1])

Die Verfügungen zu 2—4 sind den eigenen Verfügungen des Genehmigenden gleichgestellt, weil sie aus dessen Recht erfolgen und deshalb gegen spätere Beeinträchtigungen seitens des Genehmigenden sichergestellt werden müssen (Planck § 184 not. 1). Im E. I § 127 Abs. 4

[1]) Schwierige Rechtsfragen tauchen auf, wenn zu Gunsten des dritten Contrahenten, welcher mit dem vollmachtslosen Vertreter in Voraussetzung der Bevollmächtigung contrahirt hat, die Vorschriften über den Erwerb in gutem Glauben streiten, B. G. B. §§ 932—936 H. G. B. § 366. Hat hier der dritte Contrahent oder Quartus, zu dessen Gunsten der Principal verfügt hat, gemäss § 184 Abs. 2 den Vorzug? Die Beantwortung dieser Frage lässt sich im Rahmen dieser Arbeit nicht geben.

und II § 152 war der Verfügungen des Concursverwalters nicht Erwähnung gethan. Man hielt die Gleichstellung mit den eigenen Verfügungen des Genehmigenden für selbstverständlich (Mot. I S. 247).

Andererseits waren unter die Ausnahmen des § 184 Abs. 2 auch die Urtheile im E. II § 152 aufgenommen, wobei man namentlich die auf Grund des § 779 (jetzt 894) C. P. O. ergehenden, event. auch die auf Confiscation lautenden im Auge hatte (Prot. II Bd. I S. 178).

Cap. V. Die Versagung der Genehmigung.

§ 12. Im gemeinen Recht.

Wenn der Geschäftsherr die Genehmigung versagt, so können Pflichten und Rechte zwischen ihm und dem Dritten nicht entstehen. Die Gebundenheit des Dritten bis zur Entscheidung fordert aber notwendig ein Aequivalent, denn das Ausbleiben der Genehmigung wird in der Regel mit schweren wirthschaftlichen Nachtheilen für ihn verbunden sein, z. B. T. hat dem G, welchen er für bevollmächtigt hielt, 100 Scheffel Getreide auf Lieferung verkauft und macht daraufhin bedeutende Anschaffungen, später bleibt die Genehmigung aus. Es ist die Frage, ob T den Schaden, welchen er durch die Anschaffung des für ihn werthlosen Getreides erlitten hat, auf G abwälzen kann; auf welchem Princip beruht diese Haftung, und in welchem Umfang besteht sie? Mannigfach sind im gemeinen Recht die Versuche, um für das vorhandene Bedürfniss die entsprechende Formel zu finden. Das römische Recht war dieser Schwierigkeit enthoben. Bei dem Fehlen der directen Stellvertretung war der Gestor aus dem von ihm abgeschlossenen Rechtsgeschäft stets persönlich dem Dritten gegenüber wie berechtigt, so auch verpflichtet, seine Haftung bildete hier die Regel und cessirte nur, wenn der Vertretene die Genehmigung ertheilt hatte. Die Ausnahmefälle, in denen

directe Stellvertretung zugelassen war, beruhen auf dem modernen Recht durchaus fremden Anschauungen (z. B. die actiones adjecticiae qualitatis) und lassen selbst da, wo eine Haftung des Gestors praktisch wurde, zur Analogie sich nicht heranziehen. Ein dahingehender Versuch Zimmermann's S. 294 Anm. 396a dürfte als misslungen zu bezeichnen sein. Directe Stellvertretung, allerdings nicht in dem modernen Sinne, quia actio adicitur, non transfertur, war bei dem jussus des Hausherrn an den Dritten, mit dem Sclaven zu contrahiren, zugelassen. Die actio quod jussu, meint Zimmermann, die, falls ein verus procurator jubirt, gegen den dominus servi gegeben sei, richte sich, falls ein falsus procurator jubirt und die Genehmigung ausbleibe, gegen den falsus procurator, dieser hafte also auf Erfüllung, wie der Dominus.

l. 1 § 9 D 15, 4:

»Si curatore adulescentis vel furiosi vel prodigi jubente cum servo contractum sit, putat, Labeo dandam quod jussu actionem in eos, quorum servus fuerit: idem et in vero procuratore. sed si procurator verus non sit, in ipsum potius dandam actionem idem Labeo ait.«

Wenn man indes erwägt, dass die actio quod jussu nur gegen den jubirenden Dominus des Sclaven gegeben war (Dernburg II S. 38), so ist die Annahme, dass die in dem Schlusssatz der cit. Stelle gegen den falsus procurator gegebene actio die actio quod jussu gewesen sei, nicht gerechtfertigt. Man wird vielmehr der Ansicht Hellmann's (S. 144) beipflichten können, dass es sich hier um die actio mandati contraria handle. Demnach kommt l. 1 § 9 D 15, 4 für unsere Frage nicht in Betracht.

In anderer Weise schliessen sich an das römische Recht folgende Constructionen an. Der Gestor, sagt Seuffert S. 77 (ebenso Griesinger S. 42), welcher sich dem Dritten gegenüber fälschlich als einen Beauftragten hingestellt hat, mache sich eines Dolus schuldig und hafte dem Dritten mit der actio doli. So unzweifelhaft es ist, dass der dritte Contrahent den Gestor, der mit Kenntniss

des Vollmachtsmangels als Bevollmächtigter sich ausgegeben hat, mit der actio doli in Anspruch nehmen kann, so sicher ist es, dass diese Haftung, z. B. wenn der Gestor aus Fahrlässigkeit den Vollmachtsmangel nicht kennt, dem berechtigten Interesse des Dritten nicht genügt. Auch würde mit dem negativen Vertragsinteresse, auf welches die actio doli geht, dem Dritten nicht geholfen sein.

Die römische Construction, dass beim Contrahiren in fremdem Namen Rechte und Pflichten nur in der Person des Contrahenten, d. h. des Gestor, entstehen, hält Bähr (Ihg. Jahrb. VI S. 290) auch für das gemeine Recht fest und folgert: Durch Bezeichnung des Dominus als Vertretenen überweist der Gestor diesem die actio emti zur eigenen Verfolgung, dem Verkäufer, T, tritt er aber zu dessen Befriedigung durch jene Bezeichnung die ihm selbst zustehende actio mandati contraria in dem Umfange der wider ihn begründeten actio venditi ab. Der Dritte muss sich zunächst an die abgetretene Klage halten, zeigt sich diese in Folge nicht erweisbaren Mandats als nicht realisirbar, dann tritt die Contractsklage gegen den Gestor wieder in Wirksamkeit.

Diese mit fingirten Cessionen rechnende Gestaltung des Verhältnisses geht von der falschen Voraussetzung aus, dass auch im modernen Recht die Obligation in der Person des Vertreters entstehe und übersieht die gemeinrechtliche Entwickelung der directen Stellvertretung.

Die folgenden Constructionen entfernen sich mehr oder minder vom römischen Rechte und suchen die Haftung des Gestor auf moderner Grundlage aufzubauen. Sie haben sämmtlich mit einander gemeinsam, dass sie den Gestor dem Dritten dann nicht haften lassen, wenn dieser den Mangel der Vollmacht kannte oder kennen musste, weichen im Uebrigen aber wesentlich von einander ab. Den von Ihering im vierten Band seiner Jahrbücher aufgestellten Begriff der culpa in contrahendo verwenden Laband Zeitschr. f. Handelsr. X S. 235 ff., Mitteis § 18 S. 156 ff.

auch Dernburg Pand. II § 10 No. 3 und Anm. 10, Brinz IV S. 367 Anm. 33, und gelangen demgemäss zu einer Haftung auf das negative Vertragsinteresse. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob der von Ihering aufgestellte Begriff schon den Quellen bekannt gewesen ist (l. 62 § 1 D 18, 1; l. 8 § 1 D 11, 7; l. 8 u. 9 D 18, 4); jedenfalls dürfte die von diesem Punkte aus an ihm von Zimmermann S. 289 geübte Kritik nicht ausschlaggebend sein, nachdem seine wissenschaftliche Brauchbarkeit erprobt ist. Wer in fremdem Namen contrahirt, ohne Vollmacht erhalten zu haben, folgert man, kennt entweder den Mangel der Vollmacht oder er kennt ihn nicht. Im ersten Falle liegt in der Verabsäumung des Gestor den Dritten auf diesen Umstand aufmerksam zu machen, im letzteren darin, dass der Vertreter »in der Prüfung seiner Vollmacht, sei es hinsichtlich ihres Umfangs oder sei es hinsichtlich ihrer Giltigkeit eine Nachlässigkeit (Laband S. 235) sich zu Schulden kommen lässt« stets ein schuldhaftes Verhalten. Erst dann wird der Gestor von seiner Verantwortlichkeit frei, wenn er entschuldbarer Weise, z. B. die Vollmacht rührt von einem Geisteskranken her, dessen Zustand ihm unbekannt war, den Vollmachtsmangel nicht kannte. Bei dieser Auffassung wird dem Vertreter stets die Prüfung der Giltigkeit seiner Vollmacht, nicht dem Dritten auferlegt, obgleich Letzterer an dem Bestehen oder Nichtbestehen der Vollmacht ein grösseres Interesse als der Vertreter haben muss; ferner kann in dem eben genannten Falle, wo entschuldbarer Weise der Gestor sich über den Mangel der Vollmacht im Irrthum befand, der den Dritten treffende casuelle Schaden nicht auf den Gestor übertragen werden. Endlich ist der Dritte bei dieser Theorie nur zur Forderung des negativen Vertragsinteresses berechtigt.

Diesen Uebelständen sucht eine andere sehr verbreitete Ansicht dadurch auszuweichen, dass sie in jedem Contrahiren in fremdem Namen durch Nichtbevollmächtigte eine stillschweigende Garantieübernahme des Inhalts, dass das Rechtsgeschäft mit dem Vertretenen zu Stande kommt,

erblickt (Seuffert Arch. XXIX 128, XXXII 20; Windscheid § 74 Anm. 7a; Mommsen S. 114).[1])

Es ist zuzugeben, dass die Annahme einer stillschweigenden Garantieübernahme sich dann rechtfertigt, wenn der Gestor das Fehlen der Vollmacht kennend, dennoch als Bevollmächtigter contrahirt; sie dürfte aber dann ausgeschlossen sein, wenn der Gestor sich für bevollmächtigt hält. In jedem einzelnen Falle wäre daher zu prüfen, ob Seitens der Contrahenten eine solche Garantieübernahme beabsichtigt worden ist; dass ein dahingehender Vertragsinhalt von den Contrahenten nicht klar bewusst gewollt zu sein braucht, dass u. A. er auch nach den allgemeinen Verkehrsgebräuchen und nach dem Verhalten der Parteien als selbstverständlich angenommen werden kann, wird von R. Leonhard: Wie weit hat der Arbeitgeber für das Verschulden seiner Arbeiter zu haften? (S. 343 ff.) ausgeführt. Zu weit geht Zimmermann S. 297: »Nach feststehender Gewohnheit unserer Rechtswissenschaft beschränkt sich aber die Anerkennung des Unbewussten im Willen bis jetzt auf den Willen der objectives Recht Erzeugenden; unbewusste Rechtsgeschäfte werden dermalen nicht statuirt.«

Es ist nur eine besondere Fassung unserer Theorie, bezüglich deren das eben Gesagte gilt, dass der Gestor dafür hafte, dass ihm das Recht zum Contrahiren verliehen sei; in dem Contrahiren in fremdem Namen liege das Versprechen des G, dass D zur Erfüllung des Vertrages verpflichtet werde. G verspreche nicht die Erfüllung, sondern nur die obligatio des Vertretenen, und sei daher nicht auf das positive, sondern nur auf das negative Vertragsinteresse verhaftet, da die Verpflichtung als solche nicht abgeschätzt werden könne (Curtius Arch. f. civ. Prax. Bd. 58

[1]) Dass auf Grund eines ausdrücklichen Garantieversprechens der Gestor haftet, ist selbstverständlich und bedarf nicht der Erwähnung. Wenn man hierfür eine Analogie in der cautio de rato des römischen Rechts sieht (Hellmann S. 144), so kommt dies für das heutige Recht nicht in Betracht, da die cautio nur im Processe praktisch war (Dig. 46, 8).

S. 101—103). Dies ist irrthümlich, denn das Wertmaass für die Verpflichtung kann nur ihr Inhalt abgeben. Damit gelangt man wieder zum positiven Vertragsinteresse (Zimmermann Anm. 393).

Buchka S. 238 leitet die Garantieübernahme des Gestor aus dem Umstande ab, dass »der Gestor überhaupt nur insofern nicht als der Contrahent angesehen werden will, als die von ihm als Mandant bezeichnete Person nach dem Vertrage dafür gelten soll«.[1])

Diese Ansichten stehen noch unter dem Banne der römischrechtlichen, heut überwundenen Anschauung, dass der in fremdem Namen Contrahirende wenigstens subsidiär mitverpflichtet wird.

Unabhängig von einem Garantiewillen, auch unabhängig von einem Verschulden des Gestor bezüglich der Prüfung der Vollmacht begründet die Haftung desselben, Zimmermann S. 293 ff.: Die bona fides fordere ein Correctiv der Ungleichheit, die darin bestehe, dass der Dritte dem Principal eine Zeit lang in die Hände gegeben sei.

»Ist der Dritte dem Vertretenen auf dessen Wink verhaftet, so muss auch er selbst sich an Jemanden halten können. Dieser Jemand ist, falls Ratihabition erfolgt, der Vertretene; andernfalls aber ist es der Vertreter; denn er hat den Vortrag, wenn auch in fremdem Namen, so doch selber geschlossen, muss also alles leisten, was die bona fides dieses Vertrages von ihm fordert« (Zimmermann S. 294). Die Voraussetzung Zimmermann's, dass das Correctiv der Ungleichheit in dem Erfüllungsanspruch des Dritten liege, da er selbst Erfüllung dem Principal

[1]) Aehnlich R. G. VI 60, unter Uebertragung der handelsrechtlichen Bestimmungen, a. 55, 298 Abs. 2 auch für das gemeine Recht: „Der falsus procurator schliesst seinerseits den Vertrag mit dem Dritten ab, wenn auch in fremdem Namen. Die rechtliche Folge, dass der Machtgeber direct verpflichtet wird, und der Bevollmächtigte ausser Verbindlichkeit bleibt, tritt nur ein, wenn die behauptete Vollmacht in Wirklichkeit ertheilt ist. Fällt diese Voraussetzung fort, so haftet der angebliche Bevollmächtigte als Contrahent."

auf dessen Wink schulde, ist nicht zutreffend. Denn bis zur Genehmigung ist der Dritte dem Principal nicht zur Erfüllung verpflichtet, sondern er ist nur gebunden; das Aequivalent für diese einseitige Gebundenheit könnte daher auch nur in einem Anspruch auf Schadensersatz liegen. Was ferner für den Dritten die bona fides, dieser Mangels genauer Präcisirung so vage Begriff verlangt, dürfte häufig für den Gestor schwerste Unbilligkeit mit sich bringen.

Sieht man genauer zu, so reducirt der Streit hinsichtlich der Begründung der Haftung des Gestor sich im Wesentlichen auf die Frage, ob der Gestor, wenn er in Folge entschuldbaren Irrthums sich für bevollmächtigt gehalten und ausgegeben hat, dem dritten Contrahenten haftbar werde. Für alle übrigen Fälle herrscht im Wesentlichen Uebereinstimmung:

1. Der Gestor gab sich dem andern Theil als vollmachtsloser Stellvertreter zu erkennen: Befreiung von jeder Haftung.

2. Der Gestor gab sich für bevollmächtigt aus,

a) obgleich er den Vollmachtsmangel kannte: Haftung ex dolo;

b) da er in Folge unentschuldbaren Irrthums sich für bevollmächtigt hielt: Haftung ex culpa.

Es würde hier daher nur der Umfang der Haftung noch zu Bedenken Anlass geben können. Auf dem Boden des gemeinen Rechts ist die Streitfrage bei dem demnächstigen Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht mehr auszutragen. Ehe wir die Bestimmungen dieses betrachten, mag es gestattet sein, noch einen Blick auf die Particularrechte und das Handelsgesetzbuch zu werfen.

§ 13. Die Particularrechte und das Handelsgesetzbuch.

Mit der gesetzlichen Anerkennung der directen Stellvertretung, welche in sämmtlichen zu erwähnenden Codificationen durchgeführt ist, ergab sich ihnen auch die Möglichkeit, Stellung zu der vorliegenden Frage zu nehmen.

In casuistischer Weise ohne Aufstellung eines einheitlichen Principes behandelt zunächst das Preussische Allgemeine Landrecht das Thema. Nur für den Fall, dass die Vollmacht überschritten worden ist (in den bisherigen Ausführungen ist dieser Fall von dem Fall des Mangels der Vollmacht nicht unterschieden worden) bestimmen §§ 150, 151 I 13 A. L. R.:

§ 150: »Wer mit einem Bevollmächtigten weiter, als es die Grenzen seiner Vollmacht gestatten, wissentlich sich einlässt, hat bei erfolgender Missbilligung des Machtgebers nur das Recht, das ganze Geschäft wieder aufzurufen und das, was er darauf schon gegeben oder geleistet hat, von dem Bevollmächtigten wieder zurückzufordern.«

§ 151: »Schadloshaltung hingegen kann er auch von dem Bevollmächtigten nicht verlangen, insofern sich dieser nicht ausdrücklich und schriftlich dazu verpflichtet hat oder von dessen Seite ein Betrug untergelaufen ist.«

T hat demnach, wenn er das Ueberschreiten der Vollmacht kennt, nach § 150 cit. ein Rücktritts- bezw. Rückforderungsrecht gegenüber G, nach § 151 cit. einen Schadensersatzanspruch gegen diesen a) bei ausdrücklicher, schriftlicher Garantieübernahme (was, abgesehen von der Schriftform, selbstverständlich), b) im Falle des Betruges.

Wie verhält es sich aber, wenn G sich für bevollmächtigt ausgegeben hat?

Es ist hier zu beachten, dass nach § 8 I 13 A. L. R. der dritte Contrahent einen Anspruch gegen den Vertretenen nur hat, wenn dieser durch einen schriftlichen Auftrag legitimirt gewesen ist. Ist dies nicht der Fall, so kann der Dritte sich nur an den Bevollmächtigten halten und von diesem »sowohl Schadloshaltung als Abtretung seiner Rechte an den Machtgeber fordern« (§ 9 ib.). Hat T es unterlassen, die Vorzeigung der Vollmacht zu fordern, so hat er im Fall der Ueberschreitung der Vollmacht einen Anspruch nur an den Bevollmächtigten (§ 96). Das Gleiche

gilt, wenn der Bevollmächtigte unter Verschweigung des erhaltenen Widerspruchs contrahirte (§ 171 ib.). Aus diesen casuistischen Bestimmungen eine culpa in contrahendo des Vertreters zu construiren, dürfte zu weit gehen (Förster-Eccius I § 42 S. 206 R. G. VI 72). Denn in der Unterlassung der Prüfung des Vollmachtspunktes wird eher ein schuldhaftes Verhalten des dritten Contrahenten, nicht des Vertreters (§§ 9, 96 cit.) zu finden sein. § 171 aber scheidet aus, da hier ein doloses Verhalten des Vertreters vorausgesetzt wird. Indessen ist die ganze Frage hier weniger wichtig, weil durch Nachprüfung der schriftlichen Vollmacht der Dritte es stets in der Hand hat, sich über die Legitimation des Vertreters zu vergewissern.

An § 151 A. L. R. I 13 klingt an:

Code civil a. 1997: »le mandataire, qui a donné à la partie, avec laquelle il contracte en cette qualité, une suffisante connaissance de ses pouvoirs, n'est tenu d'aucune garantie, pour ce qui a été fait au-delà, s'il ne s'y est personnellement soumis.«

Argumento e contrario wird man folgern dürfen, dass der sich als bevollmächtigt ausgebende Gestor bei Ausbleiben der Genehmigung dem Dritten auf Schadensersatz hafte.

Eine blosse Uebersetzung enthält

Codice civile d'Italia § 1751: »il mandatario, che ha dato alla parte, con cui ha contrattato in tale qualità, una sufficiente notizia delle facoltà ricevute, non e tenuto ad alcuna garantia, per quello che avesse operato oltre i limiti del mandato, eccetto che si fosse per ciò personalmente obbligato.«

Eine andere, wie wir sehen werden, die neuere Auffassung, bringt § 789 Sächs. Gesetzbuch zur Geltung:

»Hat Derjenige, welcher als Stellvertreter den Vertrag geschlossen hat, die vorgebliche Eigenschaft eines Stellvertreters nicht gehabt oder seine Befugniss als solcher überschritten, und wird der Vertrag nicht noch

von dem durch ihn Vertretenen später genehmigt, so haftet der Stellvertreter dem anderen, mit welchem er den Vertrag geschlossen hat, nach der Wahl des letzteren entweder so, als ob er den Vertrag für seine Person geschlossen hätte, oder für Schadensersatz.

Ein Wahlrecht zwischen Schadensersatz und Erfüllung gestattet auch bezüglich der directen Stellvertreter des Handelsrechts a. 55 H. G. B.:

Wer ein Handelsgeschäft als Procurist oder als Handlungsbevollmächtigter schliesst, ohne Procura oder Handlungsvollmacht erhalten zu haben, ingleichen ein Handlungsbevollmächtigter, welcher bei Abschluss eines Geschäfts seine Vollmacht überschreitet, ist dem Dritten persönlich nach Handelsrecht verhaftet; der Dritte kann nach seiner Wahl ihn auf Schadensersatz oder Erfüllung belangen.

Diese Haftungspflicht tritt nicht ein, wenn der Dritte, ungeachtet er den Mangel der Procura oder der Vollmacht oder die Ueberschreitung der letzteren kannte, sich mit ihm eingelassen hat.

Desgleichen a. 298 bezüglich der Specialbevollmächtigten.

Gemäss seiner Ansicht, dass der Gestor aus culpa in contrahendo hafte, behauptet Laband, Zeitschr. f. Handelsr. X. S. 235, dass die Haftung des Procuristen bezw. Handlungsbevollmächtigten, welcher infolge unverschuldeten Irrthums sich als solcher ausgegeben hat, wegfalle. Er giebt damit der obigen Bestimmung eine durch ihren Wortlaut nicht gerechtfertigte beschränkende Auslegung. Er übersieht ferner, dass hier ein neues, auf specifisch deutscher Grundlage beruhendes Princip in die Erscheinung tritt (Staub § 3 zu a. 55), welches jetzt auch seine Anerkennung im Bürgerlichen Gesetzbuch gefunden hat.

Auch insofern bezeichnet das Handelsrecht (wie Sächs. Gesetzbuch) eine Fortbildung gegenüber dem gemeinen Recht, dass es dem Dritten die Wahl zwischen Schadensersatz oder Erfüllung giebt.

Der Anspruch auf Erfüllung ist ein selbständiger, von dem Nachweis oder Vorhandensein eines Schadens unabhängiger.[1])

Die genannten Artikel sind in dem Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 gestrichen. Es ist dies mit Rücksicht auf § 179 B. G. B. geschehen, welcher im Wesentlichen die gleichen Grundsätze zur Geltung bringt (Denkschr. S. 55 und 192). »Allerdings fällt mit der Beseitigung des bisherigen a. 55 zugleich die Bestimmung hinweg, dass die Haftung Desjenigen, der in der gedachten Weise als Vertreter auftritt, sich nach Handelsrecht bestimmt, also namentlich den in dem bisherigen vierten Buche enthaltenen allgemeinen Vorschriften unterliegt. Bei der nach dem Entwurf sehr verminderten Bedeutung und Zahl dieser Vorschriften ist jedoch die gedachte Aenderung ohne besondere Erheblichkeit« (S. 55).

Die in dem § 101 No. 3e G. V. G. vorgesehene Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen für Streitigkeiten aus dem bisherigen a. 55 H. G. B. ist in dem revidirten Gerichtsverfassungsgesetz § 101 No. 3e aufrecht erhalten.

Nach dieser rechtsvergleichenden Betrachtung treten wir an die Betrachtung des Bürgerlichen Gesetzbuchs heran. Auch hier soll nicht eine Erläuterung in der Weise eines Commentars, sondern nur eine Hervorhebung der Grundgedanken stattfinden.

§ 14. Das Bürgerliche Gesetzbuch.

Das Bürgerliche Gesetzbuch schliesst sich in dem § 179 eng an den a. 55 H. G. B. an und bestimmt:

> Wer als Vertreter einen Vertrag geschlossen hat, ist, sofern er nicht seine Vertretungsmacht nachweist, dem andern Theil nach dessen Wahl zur Erfüllung oder zum

[1]) Laband nimmt an, dass der Erfüllungsanspruch nur gegeben sei, um die Schwierigkeiten der Schadensliquidation zu ersparen und subsidiäre Natur habe (S. 237 a. a. O.).

Schadensersatz verpflichtet, wenn der Vertretene die Genehmigung des Vertrages verweigert.

Hat der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt, so ist er nur zum Ersatze desjenigen Schadens verpflichtet, welchen der andere Theil dadurch erleidet, dass er auf die Vertretungsmacht vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Theil an der Wirksamkeit des Vertrages hat.

Der Vertreter haftet nicht, wenn der andere Theil den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen musste. Der Vertreter haftet auch dann nicht, wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt war, es sei denn, dass er mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters gehandelt hat.[1])

Während Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1 mit dem bisherigen Recht im Wesentlichen übereinstimmen, hat Abs. 2 in der früher bestrittenen Frage, ob der Vertreter sich durch Geltendmachung von Exculpationsgründen von der Haftung befreien kann (s. o.) insofern eine vermittelnde Stellung angenommen, als der Vertreter zwar auch bei schuldloser Nichtkenntniss des Vollmachtmangels dem Dritten haftbar wird, aber der Umfang seiner Haftung anders als im Abs. 1 bestimmt wird. Zur Erklärung, dass der Vertreter auch bei irrthümlicher Annahme seiner Vollmacht dem dritten Contrahenten haftet, kann die Fiction eines stillschweigenden Garantieversprechens wie im gemeinen Recht nicht mehr genügen. Ein deutschrechtlicher Gedanke tritt viel-

---

[1]) Die Anwendung des § 179 B. G. B. ist bezüglich der civilrechtlichen Folgen, welche sich an das Auftreten als vollmachtsloser Stellvertreter im Gebiet des Civilprocesses anschliessen durch einen Zusatz, welchen § 85 C. P. O. (jetzt § 89) erhalten hat, ausgeschlossen:

„Ist zu der Zeit, zu welcher das Endurtheil erlassen wird, die Genehmigung nicht beigebracht, so ist der einstweilen zur Processführung Zugelassene zum Ersatz der dem Gegner infolge der Zulassung erwachsenen Kosten zu verurtheilen; auch hat er dem Gegner die infolge der Zulassung entstandenen Schäden zu ersetzen."

mehr hier in die Erscheinung. Durch die Erklärung, Vollmacht zu haben (welche schon in dem Contrahiren in fremdem Namen liegt), hat der Vertreter den dritten Contrahenten zur Abschliessung des Vertrages bewogen und haftet, wenn die Vollmacht als nicht wirklich sich herausstellt, in gleicher Weise wie der Vertretene bei Vorhandensein derselben gehaftet haben würde. Für die Richtigkeit seiner Erklärung hat der Vertreter einzustehen, — ein Mann, ein Wort (Cosack S. 230, Eck S. 75). Das deutsche rechtliche Verursachungsprincip findet hier einen Fall seiner Anwendung. So für das moderne Recht überhaupt Regelsberger I S. 599, Gierke I S. 301 Anm. 81.

Auf dem Standpunkt einer stillschweigenden cautio de rato stehen noch Theilentwurf § 122 und S. 187, Mot. I S. 243—244. Consequent lässt E. I § 125 Abs. 2 die Befreiung des Gestor von der Haftung nur dann eintreten, wenn T den Mangel der Vertretungsmacht gekannt hat, nicht auch, wenn er ihn hätte kennen müssen. Denn unter der Voraussetzung eines stillschweigenden Garantieversprechens »kann dem T eine besondere Verpflichtung, über das Vorhandensein der Vertretungsmacht Erkundigungen einzuziehen, nicht angesonnen werden« (Mot. I S. 244). Hiernach war die Möglichkeit gegeben, dass der ohne Verschulden in Unkenntniss über den Mangel der Vertretungsmacht sich befindende Gestor dem Dritten, der bei sorgfältiger Prüfung den Vollmachtsmangel hätte kennen müssen, der schuldlose Vertreter dem schuldhaften dritten Contrahenten haftbar wurde (Zitelmann II S. 107).

Diesem unbilligen Resultat haben die späteren Entwürfe und § 179 B. G. B. vorgebeugt, indem sie die Haftung des Gestor auch bei schuldhaftem Nichtkennen des Vollmachtmangels seitens des Dritten ausschlossen, andererseits eine Abstufung des Umfangs der Verantwortlichkeit des Gestor auf Erfüllung oder Schadensersatz bezw. auf das negative Vertragsinteresse einführten, je nachdem

der Gestor den Vollmachtsmangel kannte oder nicht kannte.[1])

Massgebend für diese Regelung war auch, nachdem man in der zweiten Commission (Prot. II Bd. I S. 158—159) lange über das massgebende Princip — culpa in contrahendo oder stillschweigendes Garantieversprechen — gestritten hatte, die Erwägung, »mit dem Handelsgesetzbuch insoweit in Uebereinstimmung zu bleiben, als der Inhalt seiner Vorschriften ein zweifelloser sei, soweit jedoch die Bedeutung und die Tragweite der handelsrechtlichen Vorschriften zweifelhaft erscheinen, dürfe man sich von einer besonderen Regelung nicht abhalten lassen, zumal eine solche den Vortheil böte, dass sie gewissermassen als Erläuterung der handelsrechtlichen Normen dienen und somit zur Beseitigung der bestehenden Streitfrage beitragen könne« (S. 160 ib.). Die Haftung des Gestor auf das negative Vertragsinteresse wurde analog der Haftung des wegen Irrthums seine Erklärung Anfechtenden (§ 122 B. G. B.) (nicht über das positive Vertragsinteresse hinaus) gestaltet (S. 160 ib.).

Dass der Gestor der Wohlthat, nur auf das negative Interesse zu haften, erst dann verlustig geht, wenn er den Mangel der Vollmacht thatsächlich gekannt hat, nicht auch, wenn er ihn hätte kennen müssen, während der Dritte schon in letzterem Falle seinen Anspruch verliert, rügt Eck S. 76 als ungleiche Behandlung beider. Die Ungerechtigkeit ist indess nur eine scheinbare, wenn man erwägt, dass bei schuldhaftem Nichtkennen des Vollmachtsmangels seitens G seine Haftung nicht in Fortfall kommt, sondern sich nur auf das negative Vertragsinteresse ermässigt, dass ferner an Vorhandensein und Giltigkeit der Vollmacht T ein stärkeres Interesse haben muss als G, die von ihm geforderten Pflichten bezüglich Prüfung der Vollmacht daher strengere sein können.

[1]) Ohne Unterscheidung beider Fälle lassen Theilentwurf § 122 und E. I § 125 den Gestor auf Erfüllung oder Schadensersatz haften.

Der Anspruch des Dritten geht in der Regel auf Erfüllung oder Schadensersatz. Letzterer dürfte dann von ihm vorzuziehen sein, wenn eine Individualleistung Gegenstand des Vertrages bildete. Auch die Möglichkeit ist nicht ausgeschlossen, dass der Dritte neben Erfüllung noch Schadensersatz liquidirt, dann nämlich, wenn der Gestor ihm einen dolosen oder culposen Schaden zugefügt hat. Der Anspruch auf Schadensersatz folgt dann aus besonderem Rechtsgrunde; es wäre ungerecht, dem Dritten das Recht auf Erfüllung hier abzusprechen und ihn auf die Schadensersatzforderung des § 179 B. G. B. zu verweisen. (So auch Staub § 7 zu a. 55 H. G. B., entgegengesetzt R. O. H. G. XI S. 356, welches allerdings durch eine andere Deduction zu demselben Resultat gelangt.)

Die Verpflichtung des vollmachtslosen Vertreters ist eine selbständige, von der vorherigen Inanspruchnahme des Dominus unabhängige; G bleibt dem T verhaftet, »sofern er nicht seine Vertretungsmacht nachweist«. Damit wird die Behauptung des Gestor, er habe Vertretungsmacht gehabt, als Einwand, nicht als Bestreiten des Klagegrundes hingestellt. Nach dem bisherigen Recht, namentlich bezüglich der a. 55, 298 Abs. 2 H. G. B. war diese Frage streitig. Die Mehrzahl der Schriftsteller (Mitteis S. 175 No. 3, Staub § 2 zu a. 55 H. G. B.), ebenso die Praxis R. G. XVIII, 32 verlangte zur genügenden Substantiirung der Klage des Dritten gegen den Vertreter die Behauptung, dass G in fremdem Namen contrahirt und eine Vollmacht nicht gehabt habe. Nachdem Bähr (Krit. Vierteljahrsschr. XXX S. 340, richtig auch schon R. O. H. G. XXII S. 33/34) auf die aus dieser Annahme sich ergebenden praktischen Schwierigkeiten aufmerksam gemacht hatte, hat die zweite Commission (Prot. II Bd. I S. 161—162) sich für die gegenwärtige Fassung entschieden. Sie ging mit Recht davon aus, dass der Gestor, welchem die erforderlichen Beweismittel zu Gebote stehen, weit eher zu dem Nachweis, dass er Vertretungsmacht gehabt, im Stande sei, als zu der Negative der Dritte. Auch der Hinweis, dass der Dritte in

dem Processe gegen D, wenn er den Nachweis der Vollmacht nicht erbringen könne, dem G den Streit verkünden und diesem gegenüber das Fehlen der Vollmacht zur rechtskräftigen Feststellung bringen könne, befriedigt nicht; denn T kann nicht gezwungen werden, zuerst gegen D klagbar zu werden und infolgedessen zwei Processe zu führen.

Dass in der Behauptung des G, der Dritte habe den Mangel der Vertretungsmacht gekannt oder kennen müssen, eine Einrede liegt, war auch nach dem bisherigen Recht nicht zweifelhaft (R. O. H. G. XVII S. 176). Der Vertreter kann seine Haftung dem Dritten gegenüber auch durch den Nachweis, dass er zur Zeit des Abschlusses in der Geschäftsfähigkeit beschränkt war, ablehnen. Nachdem durch § 165 B. G. B. die Möglichkeit des Contrahirens in fremdem Namen auch für beschränkt Geschäftsfähige gegeben war, verstand sich eine Bestimmung im Sinne des § 179 Abs. 3 Satz 2 von selbst, um die zum Schutz der Minderjährigen gesetzlich gegebenen Cautelen nicht illusorisch zu machen.

Anhang.

Die Genehmigung bei einseitigen Rechtsgeschäften.

Während im gemeinen Recht eine Vertretung ohne Vertretungsmacht bei Verträgen sowohl wie bei einseitigen Rechtsgeschäften meist ohne Unterscheidung zugelassen war,[1]) ist im Bürgerlichen Gesetzbuch eine solche principiell nur bei Verträgen anerkannt (§§ 177, 178, 179), bei einseitigen Rechtsgeschäften principiell für unzulässig erklärt.

§ 180:

Bei einem einseitigen Rechtsgeschäft ist Vertretung ohne Vertretungsmacht unzulässig. Hat jedoch Derjenige, welchem gegenüber ein solches Rechtsgeschäft vorzunehmen war, die von dem Vertreter behauptete Vertretungsmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts nicht beanstandet, oder ist er damit einverstanden gewesen, dass der Vertreter ohne Vertretungsmacht handle, so finden die Vorschriften über Verträge entsprechende Anwendung. Das Gleiche gilt, wenn ein einseitiges Rechtsgeschäft gegenüber einem Vertreter ohne Vertretungsmacht mit dessen Einverständnisse vorgenommen wird.

Als Grund für die Unzulässigkeit streng einseitiger Rechtsgeschäfte (Auslobung) geben die Motive I S. 245

[1]) Anders R. G. XXVI, 34, welches aus den unten angegebenen Gründen die Genehmigung einer Kündigung durch einen vollmachtslosen Stellvertreter seitens D für unzulässig erklärte, auch schon mit dem Hinweis darauf, dass bei Annahme der Kündigung durch T eine andere Regelung eintreten könnte.

das mangelnde Bedürfniss an. Was aber die einseitigen, einem Dritten gegenüber vorzunehmenden Rechtsgeschäfte (sog. empfangsbedürftige) angeht (Mahnung, Kündigung, Rücktritt etc.), so steht ihrer Zulassung das Interesse des Dritten entgegen, »welcher der Vornahme eines solchen Rechtsgeschäfts sich nicht entziehen kann, und dabei allen Unzuträglichkeiten ausgesetzt sein würde, welche die bis zur Entscheidung über die Ertheilung oder Verweigerung der Genehmigung bestehende Ungewissheit nothwendig mit sich bringt« (Mot. I S. 245).

Die Billigkeit fordert daher hier eine Willensäusserung des Dritten, durch welche er den nachtheiligen Folgen derselben sich unterwirft.[1])

Demgemäss bestimmte E. I § 126 Satz 2: »Ist jedoch die Wirksamkeit des einseitigen Rechtsgeschäfts davon abhängig, dass dasselbe gegenüber einem Betheiligten vorgenommen wird, so finden, wenn der Betheiligte mit der Vornahme sich einverstanden erklärt, die für Verträge geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.«

In der 2. Commission herrschten über die Zulässigkeit einer Vertretung ohne Vertretungsmacht bei einseitigen Rechtsgeschäften zwiespältige Meinungen; es machten sich Anschauungen in der Richtung unbedingter Zulassung, und solche in der Richtung unbedingter Ausschliessung geltend. Nur darüber herrschte Einverständniss, dass eine vollmachtslose Stellvertretung bei Antritt oder Ausschlagung der Erbschaft unzulässig sei (Prot. II Bd. I S. 167—171). Für die Fassung des § 148 des 2. Entwurfs, welcher dem § 180 B. G. B. entspricht, war hinsichtlich der Unzulässig-

[1]) Aus diesen Gründen finden wir in mehreren Fällen, wo eine Zustimmung zu einseitigen Rechtsgeschäften in Frage steht, diese an eine erschwerte Form geknüpft:

1. für einseitige Rechtsgeschäfte Minderjähriger bezüglich der Einwilligung § 111 Satz 2, nachträgliche Genehmigung unzulässig § 111 Satz 1;
2. für Stellvertretung bezüglich der Vollmacht § 174;
3. für andere Fälle bezüglich der Einwilligung § 182 Abs. 3, § 111 S. 2 und 3.

keit stellvertretenden Handelns bei rein einseitigen Rechtsgeschäften die Erwägung massgebend, dass das Princip unstreitig sei für Antretung und Ausschlagung der Erbschaft, »es unterliege aber auch in der Ausdehnung auf andere einseitige nicht empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte keinem Bedenken, zumal der Entwurf die Frage, welche Rechtshandlungen unter diesen Begriff fallen, nirgends in einer die Wissenschaft beengenden Weise entscheidet« (Prot. II Bd. I S. 170).

Es wurde ferner das Nichtbeanstanden der behaupteten Vertretungsmacht dem Einverständniss des Dritten, dass der Vertreter ohne Vertretungsmacht handle, gleichgesetzt — dem § 124 des Bähr'schen Gegenentwurfs entnommen (Gutachten VI S. 229) — und der letzte Satz bezüglich der dem Vertreter gegenüber vorgenommenen Rechtsgeschäfte hinzugefügt.

Im Gegensatz zu § 177, welcher beide Fälle gleichstellt, unterscheidet demnach § 180 B. G. B.:

1. ob der Vertreter Vertretungsmacht behauptet hat;
2. ob der Vertreter als vollmachtsloser Stellvertreter sich zu erkennen gegeben hat.

Im ersten Falle genügt das Nichtbeanstanden, im zweiten wird das Einverständniss, dort ein passives Verhalten, hier eine positive Willensäusserung des Dritten gefordert, um das Rechtsgeschäft genehmigungsfähig werden zu lassen. Eine Beanstandung der behaupteten Vertretungsmacht wird regelmässig in dem Verlangen nach Vorlegung der Vollmachtsurkunde und demnächstiger Zurückweisung des Vertreters liegen (Fischer und Henle § 180 Anm. 2). Im zweiten Falle dürfte in dem Schweigen des dritten Contrahenten zu der Kündigung, Mahnung etc. des Gestor ein Einverständniss regelmässig noch nicht gesehen werden. »Ob in Verbindung mit andern Umständen aus dem Stillschweigen das Einverständniss gefolgert werden kann, lässt sich nur nach Lage des einzelnen Falles entscheiden« (Planck zu § 180 not. 1b). Als dritter Fall tritt noch

der hinzu, wo ein einseitiges Rechtsgeschäft gegenüber einem Vertreter ohne Vertretungsmacht mit dessen Einverständniss vorgenommen wird. Ob der Dritte den Mangel der Vertretungsmacht gekannt hat oder nicht, ist hier gleichgiltig; beide Fälle werden gleichgestellt. Einen Hinweis nur auf den ersten Fall nimmt Eck S. 77 an und rügt daher die mangelhafte Fassung des § 180 B. G. B.

Wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, so werden die einseitigen, empfangsbedürftigen Rechtsgeschäfte genehmigungsfähig und es finden nach Eintritt der Genehmigung die Vorschriften über Verträge (§ 177), vor Eintritt derselben bezüglich des Rücktritts des Dritten § 178, bei Ausbleiben derselben bezüglich der Haftung des vollmachtslosen Vertreters § 179 entsprechende Anwendung.

Lebenslauf.

Am 29. October 1871 wurde ich zu Beuthen a/O. als Sohn des Kaufmanns Julius Reinberger und seiner Ehefrau Dorothea, geb. Levy, geboren. Nachdem meine Eltern im Jahre 1883 ihren Wohnsitz nach Liegnitz verlegt hatten, besuchte ich daselbst das städtische Gymnasium, welches ich Ostern 1891 mit dem Zeugniss der Reife verliess.

Ich widmete mich dem Studium der Rechte an den Universitäten Breslau, Berlin und, nach einer durch Krankheit herbeigeführten zweijährigen Unterbrechung und einem längeren Aufenthalt in der Schweiz, an der Universität Freiburg i/B. Ich hörte rechtswissenschaftliche, volkswirthschaftliche und philosophische Vorlesungen bei den Herren Professoren bezw. Docenten:

Dr. Dr. Bennecke †, Brie, Chun, Dahn, Dernburg, Eck, Elster, Fischer, Freudenthal, Gierke, Hübler, Jörs, Kaufmann, Leonhard, Schmidt, Schott †, Schultze, Semrau, Sombart, Wagner, Weber, Wlassak,

und nahm an einigen praktischen und seminaristischen Uebungen derselben Theil.

Allen meinen verehrten Lehrern spreche ich an dieser Stelle meinen ehrerbietigen Dank aus.

Am 16. Juli 1897 bestand ich bei dem Königlichen Oberlandesgericht zu Breslau die erste juristische Prüfung, am 22. Juli 1897 das examen rigorosum. Ich wurde alsdann dem Königlichen Amtsgericht zu Wünschelburg zur Ausbildung überwiesen. Gegenwärtig bin ich bei dem Königlichen Landgericht zu Liegnitz beschäftigt.